3 1761 09373283 2

LAW
F617

Enzyklopädie der Rechtswissenschaft

in systematischer Bearbeitung.

Begründet von

Dr. Franz von Holtzendorff.

Herausgegeben von

Geh. Justizrat Dr. Josef Kohler
ordentlicher Professor der Rechte in Berlin.

Unter Mitwirkung von:

G. Anschütz • L. v. Bar • E. Beling • E. Blume • H. Brunner • G. Cohn
K. Crome • H. Dietz • F. Dochow • E. Dorner • C. Flesch • B. Freudenthal
J. Gerstmeyer • O. v. Gierke • P. Heilborn • E. Heymann • Fr. Hiller • L. Laß
O. Lenel • E. Rabel • P. Schoen • G. Strutz • U. Stutz • H. Trumpler
K. v. Unzner • F. Wachenfeld • M. Wolff.

Siebente, der Neubearbeitung zweite Auflage.

Dritter Band.

29185
6. 10. 33

Verlag von
Duncker & Humblot
München u. Leipzig.
und
J. Guttentag, Verlagsbuchhdlg.,
G. m. b. H. Berlin W 10.
1913.

Alle Rechte vorbehalten.

Altenburg
Pierersche Hofbuchdruckerei
Stephan Geibel & Co.

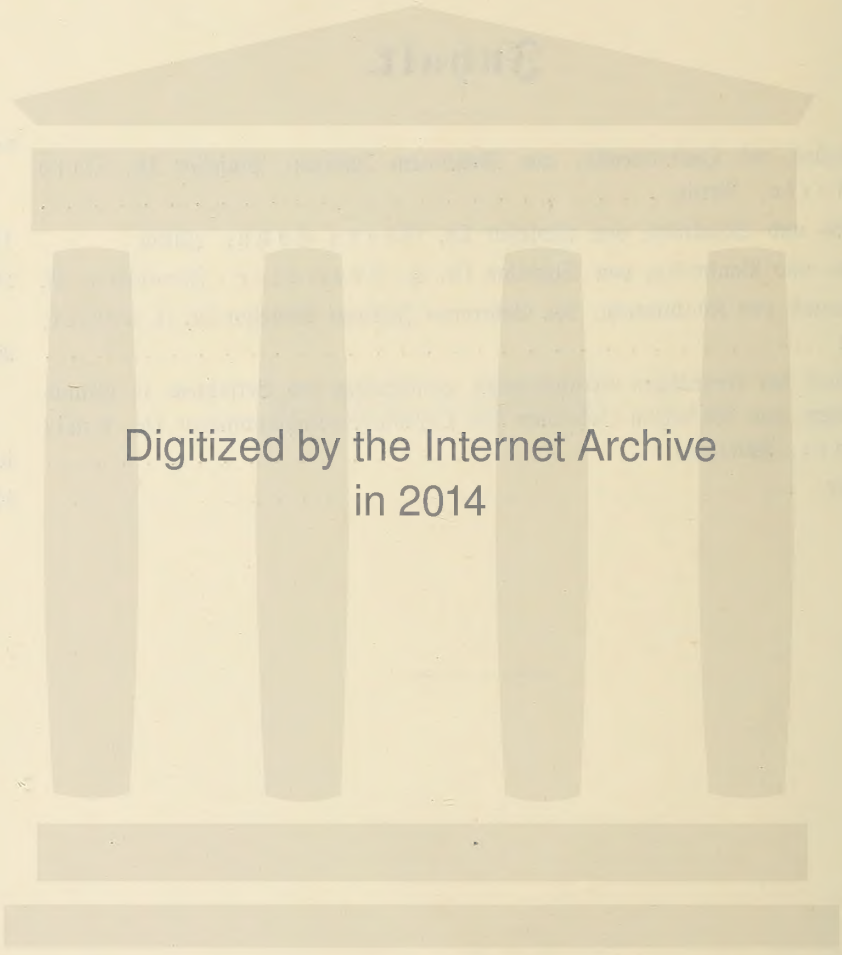
Printed in Germany

Inhalt.

Seite

1. Grundzüge des Handelsrechts, von Geheimem Justizrat Professor Dr. Otto v. Gierke, Berlin 1
2. Wechsel- und Scheckrecht, von Professor Dr. Georg Cohn, Zürich 137
3. Börsen- und Bankwesen, von Syndikus Dr. H. Trumpler, Frankfurt a. M. 201
4. Zivilprozeß und Konkursrecht, von Geheimem Justizrat Professor Dr. J. Kohler, Berlin 251
5. Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, einschließlich des Verfahrens in Grundbuchsachen, von Wirklichem Geheimen Rat Oberlandesgerichtspräsident Dr. Emil Dorner, Karlsruhe 405

Sachregister 440



Digitized by the Internet Archive
in 2014

https://archive.org/details/enzyklopdiederre03mnch

1.

Grundzüge des Handelsrechts.

Von

Otto von Gierke (Berlin).

Inhaltsübersicht.

Erstes Buch. Allgemeines.

Seite

Erstes Kapitel. Das Handelsrecht überhaupt 3

§ 1. Begriff S. 3. — § 2. Stellung im Rechtssystem S. 3. — § 3. Geschichte S. 5.

Zweites Kapitel. Quellen, Literatur und Hilfsmittel des deutschen Handelsrecht 6

§ 4. Die deutschen Handelsgesetze S. 6. — § 5. Das Handelsgewohnheitsrecht S. 7. — § 6. Literatur S. 8. — § 7. Das fremde Handelsrecht S. 9. — § 8. Hilfswissenschaften S. 10.

Drittes Kapitel. Der Geltungsbereich des Handelsrechtes . . . 10

§ 9. Handelssachen S. 10. — § 10. Handel im wirtschaftlichen Sinn S. 10. — § 11. Rechtliche Abgrenzung der Handelssachen S. 11.

Zweites Buch. Handelspersonenrecht.

Erstes Kapitel. Die Kaufmannseigenschaft überhaupt. 12

§ 12. Die Kaufmannseigenschaften überhaupt S. 12. — § 13. Handelsgewerbe kraft Geschäftsbetriebes S. 13. — § 14. Handelsgewerbe kraft Eintragung S. 15. — § 15. Personeneinheiten und juristische Personen als Kaufleute S. 16. — § 16. Vollkaufleute und Minderkaufleute S. 17. — § 17. Frauen als Kaufleute S. 18. — § 18. Minderjährige als Kaufleute S. 19.

Zweites Kapitel. Das Sonderrecht der Kaufleute 19

§ 19. Das Recht zum Handelsbetriebe S. 19. — § 20. Das kaufmännische Geschäft S. 20. — § 21. Wechsel des Geschäftsinhabers S. 22. — § 22. Handelsregister S. 24. — § 23. Firma S. 25. — § 24. Warenzeichen S. 27. — § 25. Schutz gegen unlauteren Wettbewerb S. 30. — § 26. Handelsbücher S. 31.

Seite

Drittes Kapitel. Kaufmännische Hilfspersonen 32

§ 27. Überhaupt S. 32. — § 28. Handelsrechtliche Stellvertretung S. 33. — § 29. Handlungsgehilfen S. 35. — § 30. Handlungslehrlinge S. 37. — § 31. Handlungsagenten S. 37. — § 32. Die Handelsmäkler S. 38.

Drittes Buch. Handelsgesellschaftsrecht.

Erstes Kapitel. Die Handelsvergesellschaftung im allgemeinen 40

§ 33. Das besondere Handelsgesellschaftsrecht S. 40. — § 34. Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts für Handelszwecke S. 42.

Zweites Kapitel. Die offene Handelsgesellschaft 43

§ 35. Begriff, Geschichte und Wesen S. 43. — § 36. Errichtung S. 44. — § 37. Äußere Rechtsverhältnisse S. 44. — § 38. Innere Rechtsverhältnisse S. 46. — § 39. Veränderung S. 49. — § 40. Beendigung S. 50.

Drittes Kapitel. Die Kommanditgesellschaft nebst der stillen Gesellschaft 52

§ 41. Geschichtliche Entwicklung S. 52. — § 42. Die Kommanditgesellschaft S. 52. — § 43. Die stille Gesellschaft S. 54.

Viertes Kapitel. Die Kapitalgenossenschaft 56

Erster Titel: Die Aktiengesellschaft.

§ 44. Begriff, Geschichte und Wesen S. 56. — § 45. Grundlagen S. 58. — § 46. Begründung S. 59. — § 47. Mitgliedschaft S. 61. — § 48. Organe S. 63. — § 49. Generalversammlung S. 63. — § 50. Vorstand S. 65. — § 51. Aufsichtsrat S. 65. — § 52. Innere Rechtsverhältnisse S. 66. — § 53. Äußere Rechtsverhältnisse S. 69. — § 54. Veränderung S. 69. — § 55. Beendigung S. 70.

Zweiter Titel: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien.

§ 56. Begriff, Geschichte und Wesen S. 72. — § 57. Rechtsgrundsätze S. 72.

Dritter Titel: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

§ 58. Begriff, Geschichte und Wesen S. 74. — § 59. Rechtsgrundsätze S. 74.

Fünftes Kapitel. Die eingetragene Genossenschaft 77

§ 60. Begriff, Geschichte und Wesen S. 77. — § 61. Errichtung S. 79. — § 62. Mitgliedschaft S. 80. — § 63. Organisation S. 81. — § 64. Innere Rechtsverhältnisse S. 82. — § 65. Äußere Rechtsverhältnisse S. 83. — § 66. Veränderung und Auflösung S. 84.

Viertes Buch. Handelssachenrecht.

§ 67. Umfang des Handelssachenrechts S. 85. — § 68. Der Schutz des redlichen Erwerbes S. 86. — § 69. Pfandrecht S. 86. — § 70. Wertpapiere S. 87.

Fünftes Buch. Handelsobligationenrecht.

Erstes Kapitel. Handelsgeschäfte überhaupt 89

§ 71. Begriff und Bedeutung S. 89. — § 72. Inhalt S. 89. — § 73. Abschluß der Handelsgeschäfte S. 90. — § 74. Erfüllung der Handelsgeschäfte S. 91. — § 75. Sicherungsmittel bei Handelsgeschäften S. 91. — § 76. Öffentliche Anstalten für den Abschluß von Handelsgeschäften S. 92.

Zweites Kapitel. Einzelne Handelsgeschäfte. 93

§ 77. Arten der Handelsgeschäfte S. 93 — § 78. Handelskauf S. 93. — § 79. Börsengeschäfte S. 96. — § 80. Geldgeschäfte S. 98. — § 81. Kreditgeschäfte S. 99. — § 82. Kommissionsgeschäft S. 102. — § 83. Speditionsgeschäft S. 105. — § 84. Lagergeschäft S. 106. — § 85. Frachtgeschäft S. 106. — § 86. Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen S. 110.

Sechstes Buch. Seerecht und Binnenschiffahrtsrecht 113

§ 87. Begriff und Umfang S. 113. — § 88. Geschichte, Quellen und Literatur S. 113. — § 89. Die Schiffe S. 115. — § 90. Reeder und Schiffseigner S. 117. — § 91. Reederei S. 117. — § 92. Der Schiffer S. 119. — § 93. Die Schiffsoffiziere und die Schiffsmannschaft S. 121. — § 94. Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern S. 123. — § 95. Frachtgeschäft zur Beförderung von Reisenden S. 127. — § 96. Bodmerei S. 127. — § 97. Haverei und Hilfsleistung in Schiffahrtsnot S. 129. — § 98. Schiffsgläubiger S. 131. — § 99. Seeversicherung S. 132. — § 100. Verjährung S. 135.

Erstes Buch.

Allgemeines.

Erstes Kapitel.

Das Handelsrecht überhaupt.

§ 1. Begriff. Handelsrecht ist der Inbegriff der besonderen Rechtssätze, die für den Bereich des Handels gelten. Der Begriff des Handels ist zunächst ein vom Leben geprägter wirtschaftlicher Begriff, unter den die auf den Umsatz von Gütern gerichtete gewerbliche Tätigkeit fällt. Für den Herrschaftsbereich des Handelsrechtes aber ist der rechtliche Begriff des Handels maßgebend, den die Rechtsordnung beliebig prägen kann und mehr und mehr abweichend vom wirtschaftlichen Begriff geprägt hat. Hiervon ist später zu reden (Kap. 3).

Das Handelsrecht im weiteren Sinne umfaßt öffentlichrechtliche und privatrechtliche Sätze. Es gibt im Völkerrecht, im Staats- und Verwaltungsrecht, auch im Prozeßrecht und im Strafrecht besondere Normen, die sich auf den Handel beziehen. Unter Handelsrecht im engeren Sinne versteht man das Handelsprivatrecht. Nur von diesem ist hier zu reden.

Die folgende Darstellung befaßt sich mit dem deutschen Handelsrecht, für die das fremde Handelsrecht nur als Hilfsmittel in Betracht kommt. Das deutsche Handelsrecht ist überwiegend einheitliches Reichsrecht. In einzelnen Punkten gilt auch heute partikulares Handelsrecht.

§ 2. Stellung im Rechtssystem. Das Handelsrecht ist ein als Sonderrecht ausgestalteter Teil des deutschen Privatrechts. Im Gegensatz zum Handelsrecht wird das gemeine Privatrecht schlechthin als „bürgerliches" Recht bezeichnet.

Die Neigung zur Ausscheidung von Sonderrechten hat die moderne Welt von der germanisch-romanischen Welt des Mittelalters ererbt. Allein die Stellung der Sonderrechte zum gemeinen Recht hat sich verändert, seitdem die grundsätzliche Rechtsungleichheit der grundsätzlichen Rechtsgleichheit gewichen ist. Während im Mittelalter das gemeine Recht sich in die Sonderrechte der einzelnen Stände und Güterkreise aufzulösen drohte und jedes Sonderrecht sich möglichst abzuschließen strebte, behauptet heute das gemeine Recht die Zentralstellung und gestattet den Sonderrechten nur eine ergänzende Wirksamkeit. Die heutigen Sonderrechte gleichen nicht mehr selbständigen Gebäuden, sondern lehnen sich als An- und Ausbauten an das große Gebäude des gemeinen Rechtes an.

Das heutige Handelsrecht ist trotz seines erheblichen Umfanges noch weniger als manches andere Sonderrecht ein in sich geschlossenes Rechtssystem. Es ruht auf dem Fundament des bürgerlichen Rechts und müßte haltlos zusammenbrechen, wenn ihm diese Grundlage entzogen würde. Zum Teil besteht es überhaupt nur aus einzelnen Rechtssätzen, die in diesem oder jenem Punkt abwandelnd eingreifen, wenn ein Rechtsinstitut des bürgerlichen Rechts in den Bereich des Handels tritt. So verhält es sich z. B. mit den dem Sachenrecht und den meisten dem allgemeinen Teil des Obligationenrechts angehörigen Handelsrechtssätzen. Aber auch die dem Handelsrecht eigentümlichen Rechtsinstitute erscheinen heute

nur als Abarten bürgerlicher Rechtsinstitute. Manche von ihnen, wie z. B. die Prokura, die offene Handelsgesellschaft oder der Handelskauf, empfangen überhaupt erst durch komplementäre Vorschriften des bürgerlichen Rechts ihre Vollendung. Andere, wie z. B. die Firma, die Aktiengesellschaft oder das Kommissionsgeschäft, sind in sich abgerundeter, bleiben aber immerhin in einzelnen Beziehungen auf die Anlehnung an das bürgerliche Recht (Namenrecht, Vereinsrecht, Recht des Werkvertrages) verwiesen.

Gleichwohl hat das Handelsrecht den Charakter eines *Sonderrechts* gewahrt. Es ist seiner Hauptmasse nach in einem besonderen Gesetzbuch kodifiziert und erfreut sich abgesonderter wissenschaftlicher Behandlung und Lehre. Diese äußere Selbständigkeit aber wird durch eine *innere Einheit* getragen. Denn auch wo das Handelsrecht scheinbar sich aus Bruchstücken zusammensetzt, waltet ein gemeinsamer Geist, der sie zum Ganzen verbindet. Alle Abwandlungen des bürgerlichen Rechts zeigen eine gleichartige Grundfärbung. Diese durchgehende Eigenart ist geschichtlich aus den Anschauungen und Bedürfnissen des Kaufmannsstandes erwachsen und hat insoweit, als sie den Bedürfnissen anderer Lebenskreise gleichfalls entsprach oder zu entsprechen schien, die allmähliche Erweiterung des Geltungsbereichs des Handelsrechts veranlaßt. Die meisten charakteristischen Züge des Handelsrechts erklären sich aus der dem Handelsverkehr innewohnenden Tendenz, sich möglichst frei und doch in möglichst sicheren Bahnen zu bewegen, sich mit möglichst geringem Aufwande an Zeit und Kosten abzuwickeln und sich in Massenwirkungen zu entfalten. So die Abneigung gegen Beschränkungen der Vertragsfreiheit; die Abstreifung von Formerfordernissen unter gleichzeitiger Begünstigung besonderer Formalinstitute; die Strenge der Verpflichtung und der Haftung; die Forderung erhöhter Sorgfalt; die Vermutung für Entgeltlichkeit jeder Leistung; die Beförderung der schleunigen und glatten Erledigung von Anständen; die Steigerung des Publizitätsprinzips und der Wirkungen des guten Glaubens; die Ausbildung fester und gleichförmiger Geschäftstypen und deren Bindung durch die Verkehrssitte. Daneben empfängt das Handelsrecht sein eigentümliches Gepräge durch die personenrechtlichen Gebilde, die dem Bestreben nach Schaffung tragfähiger Organisationen für den Geschäftbetrieb im ganzen entsprungen sind. Hier wurzeln die Besonderheiten der handelsrechtlichen Personenverbindungen, des Vertreter- und Gehilfenrechts, des Gesellschafts- und Genossenschaftsrechts. Im Zusammenhange hiermit endlich zieht sich durch das Handelsrecht die Tendenz, das Geschäft zu verselbständigen und die geschäftliche Sphäre von der Privatsphäre ihres Trägers genau zu sondern. Manche handelsrechtlichen Institute, wie Firma und Handelsbücher, sind vorzugsweise auf dieses Ziel gerichtet.

Diese innerlich begründete Eigenart des Handelsrechts rechtfertigt den *Fortbestand* seines Sonderdaseins. Der Wunsch nach Beseitigung des Zwiespalts zwischen Handelsrecht und bürgerlichem Recht ist oft laut geworden. Allein entweder müßte der Handel auf eine ihm kongeniale Rechtsordnung verzichten oder das bürgerliche Leben sich einer für die Gesamtheit unpassenden und sozial bedenklichen Rechtsordnung unterwerfen. Eines schickt sich nicht für alle. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit fordert nicht doktrinäre Gleichmacherei. Vielfach hat freilich das Handelsrecht, wie oft gesagt ist, als Pionier dem allgemeinen Fortschritt der Rechtsentwicklung vorgearbeitet. Gerade in neuester Zeit ist das deutsche bürgerliche Gesetzbuch in der Verpflanzung ehemals handelsrechtlicher Sätze in das bürgerliche Recht ziemlich weit gegangen. Allein, auch das Handelsrecht steht nicht still und bringt immer wieder Neubildungen hervor, zu deren Verallgemeinerung die Zeit nicht reif ist. So hat denn auch die Gesetzgebung bisher nur in der Schweiz die sonderrechtliche Stellung des Handelsrechts formell beseitigt, ohne übrigens die materielle Besonderheit der handelsrechtlichen Institute auszutilgen. Für Deutschland ist auf absehbare Zeit hinaus durch den gleichzeitigen Erlaß eines neuen Handelsgesetzbuches neben dem bürgerlichen Gesetzbuch der Fortbestand eines auch formell als Sonderrecht anerkannten Handelsrechts gesichert.

Literatur: Molengraaff, Is het noodzakelijk of wenschelijk, tuschen handelsrecht en burgerlijk recht te onderscheiden en ze tot voorwerpen van afzonderlijk wettelijke regeling te maken? Amsterdam 1883; Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap, Haarlem 1885. — G. Cohn, Warum hat und braucht der Handel ein besonderes Recht? Drei rechtswissenschaftliche Vorträge, Heidelberg 1888, II. — Rießer, Der Einfluß handelsrechtlicher

Ideen auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Stuttgart 1891. — Ph. Heck, Weshalb besteht ein von dem bürgerlichen Rechte gesondertes Handelsprivatrecht? Archiv für civ. Praxis 1902, S. 438 ff. (etwas einseitige Charakterisierung des Handelsrechtes als „Recht des rechtsgeschäftlichen Massenbetriebes"). — R. Lehmann, Die Entwicklung des deutschen Handelsrechts, Z. f. HR. LII 1 ff.

§ 3. Geschichte. Dem Altertum war ein besonderes Handelsrecht fremd. Insbesondere haben die Römer ein Handelsrecht nicht ausgeschieden. Commercium ist der Verkehr überhaupt, für die mercatura gilt kein Sonderrecht. Der Handel bedurfte keines Sonderrechts, weil ihm das jus commune, zumal das jus gentium, genügte. Das römische Privatrecht, als Stadtrecht geboren, paßte sich seit der Entwicklung Roms zur Handelsstadt und in erhöhtem Maße seit seiner Erhebung zum Weltrecht den Bedürfnissen des Handels an und stellte ihm namentlich ein geeignetes Obligationenrecht zur Verfügung. Daneben fehlte zu umfassenderen Sonderrechtsbildungen der Stoff, weil bei aller Großartigkeit des Handels doch dessen Organisation einfacher als im Mittelalter und heute war. Es gab keinen geschlossenen Handelsstand. Im Zusammenhange mit der Sklavenwirtschaft waren manche später verselbständigte Handelszweige, die den Zwischengeschäften dienen, nicht ausgebildet und die Handelsgesellschaften unvollkommen entwickelt. Vereinzelte, auf den Handel bezügliche besondere Rechtsbildungen, wie die actio institoria und tributoria, fanden im gemeinen Rechte Unterkunft.

Auch im Mittelalter gab es ursprünglich kein Handelsrecht. Allein das nunmehr zur Herrschaft gelangte germanische und auch das von ihm befruchtete romanische Recht war dem Handel möglichst unangemessen. Es war auf dem Lande geboren und auf die Verhältnisse von Rittern und Bauern zugeschnitten. Dem Zustande der Naturalwirtschaft mit unbedeutender Ergänzung durch Tauschhandel entsprechend, beruhte es auf der Voraussetzung, daß der Grundbesitz der Träger der sozialen Stellung, das bewegliche Vermögen und die Arbeit zu seinem Dienste bestimmt und an ihn gebunden seien. Durchweg war es auf Bodenständigkeit der Rechtsverhältnisse berechnet und setzte mit seinem schwerfälligen und strengen Formalismus und seinen Einschränkungen der Vertragsfreiheit dem beweglichen Verkehr unüberwindliche Hindernisse entgegen. Dazu kam, daß das kanonische Recht seinen kirchlichen Geboten die gleichen Anschauungen zugrunde legte und insbesondere das handelsfeindliche Verbot des Zinsennehmens erließ.

So entstand im späteren Mittelalter, als mit dem Aufblühen der Städte der Handel hinreichend erstarkt war, um seinen Anspruch auf ein für ihn angemessenes Recht durchzusetzen, das Handelsrecht als Sonderrecht. Handel und Gewerbe waren hier zu ausschlaggebenden Mächten, das bewegliche Kapital war selbständig, die Arbeit war frei geworden. Ein neues Recht also war unerläßlich. Die Kaufleute aber hatten sich zu einem freien, in der Stadt herrschenden oder mitherrschenden, genossenschaftlich organisierten Berufsstande erhoben und besaßen daher nach dem germanischen Prinzip der Autonomie Befugnis und Macht, sich ein besonderes Recht zu schaffen. War doch die damalige Welt von Sonderrechten voll. Zuerst brach sich hier, wie überall, das neue Recht in der Form des Gewohnheitsrechtes Bahn. Bald wurden auch einzelne Sätze in Satzungsform ausgesprochen, sei es nun in städtischen Statuten oder sei es in besonderen Statuten der Kaufmannsgilden. Vielfach wurden auch besondere Handelsgerichte gebildet, deren Praxis das junge Handelsrecht befestigte und entfaltete. Am frühesten vollendete sich das Handelsrecht in Italien. Von den anderen romanischen Ländern gingen Katalonien und Frankreich voran. Aber nicht viel später und durchaus selbständig erblühte auch in Deutschland und den Niederlanden, dann in England ein besonderes Handelsrecht. In den romanischen Gebieten fand eine Anknüpfung an das römische Recht statt, von der auf germanischem Boden noch nicht die Rede war. Allein die lebendigsten und eigenartigsten Institute des Handelsrechts erwuchsen auch bei den romanischen Völkern aus germanischer Wurzel. So besteht denn auch bei mancher Verschiedenheit Übereinstimmung in den Grundzügen.

In der Neuzeit setzte sich die Entwicklung auf der gewonnenen Grundlage fort. Mit der Rezeption drang in Deutschland das italienische Handelsrecht ein. Auch erlangte das römische Recht wachsenden Einfluß auf die handelsrechtliche Begriffsbildung. Doch blieb mehr als auf anderen Gebieten der nationale Kern unversehrt. Langsam aber bereiteten sich

Wandlungen vor, die in neuester Zeit zum Durchbruch kamen. Die autonomische Rechtsbildung wurde durch die staatliche Gesetzgebung zurückgedrängt und endlich das Handelsrecht in ein staatlich gesetztes Sonderrecht umgeprägt, bei dessen Gestaltung freilich der Handelsstand sich immer noch eine kräftigere Mitwirkung, als anderen Ständen vergönnt blieb, zu wahren wußte. Die ständische Geschlossenheit des Handelsrechts wurde durchbrochen, sein Geltungsbereich unter Heranziehung objektiver Gesichtspunkte erweitert, sein Inhalt in nähere Verbindung mit dem des bürgerlichen Rechtes gesetzt. Das Handelsrecht wurde in großen Gesetzbüchern kodifiziert und national vereinheitlicht. Darüber hinaus meldet sich das Streben nach internationaler Ausgleichung an, das auf einzelnen Gebieten (z. B. im Eisenbahnrecht) bereits erhebliche Erfolge aufzuweisen hat.

Literatur: L. Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts, Bd. I 1891 (Bd. I Abschn. 1 Lief. 1 der 3. Aufl. des Handbuchs); Handb., 2. Aufl. Bd. I. — Lastig, Entwicklungswege und Quellen des Handelsrechts, 1877; Beiträge in der Zeitschr. f. HR. XXIII 138 ff., XXIV 387 ff. — Endemann, Studien in der romanistisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre, 2 Bde., 1874 u. 1878. — A. Lattes, Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città Italiane, Milano 1884; Studii di diritto statutario 1886; Il diritto consuetudinario delle città Lombarde, 1899. — P. Huvelin, L'histoire du droit commercial, Paris 1904.

Zweites Kapitel.

Quellen, Literatur und Hilfsmittel des deutschen Handelsrechts.

§ 4. Die deutschen Handelsgesetze. Im Mittelalter finden sich in Stadtrechten und Gildesatzungen einzelne handelsrechtliche Bestimmungen. Seit dem siebzehnten Jahrhundert griff die Gesetzgebung stärker ein, aber immer nur partikulär und in einzelnen Punkten. Die erste Kodifikation des Handelsrechts vollzog das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 in T. II Tit. 8 Abschn. 7: „von Kaufleuten". Daneben wurde in Deutschland der französische Code de commerce von 1807, beruhend auf den Ordonnanzen von 1673 und 1681, als Stück der Napoleonischen Gesetzgebung eingeführt und im Gebiet des rheinischen Rechts in Kraft belassen. In Baden wurde eine Übersetzung des Code de commerce dem Landrecht als Anhang „von Handelsgesetzen" beigegeben.

Als nach den Freiheitskriegen die auf Erringung eines einheitlichen deutschen Privatrechts gerichtete Bewegung gescheitert war, tauchte mehrfach der Plan auf, mindestens ein deutsches Handelsgesetzbuch zu schaffen. Eine Anregung Württembergs beim Zollverein im Jahre 1836 blieb erfolglos. Die Ausarbeitung eines Entwurfs durch eine im Jahre 1848 vom damaligen Reichsjustizminister eingesetzte Kommission wurde nach Fertigstellung von fünf Titeln abgebrochen. Im Jahre 1856 berief der Bundestag auf Antrag Bayerns eine von den meisten deutschen Staaten beschickte Kommission „zur Entwerfung und Vorlage eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für die deutschen Bundesstaaten". Die Kommission tagte vom 15. Januar 1857 bis zum 12. März 1861 in Nürnberg (nur für das Seerecht in Hamburg) und brachte unter Zugrundelegung eines preußischen Entwurfs und Mitbenutzung eines österreichischen Entwurfs in drei Lesungen, zwischen deren zweiter und dritter die Kritik gehört wurde, das ihr aufgetragene Werk zustande. Der Bundestag empfahl durch Beschluß vom 31. Mai 1861 den einzelnen Staaten, das Gesetzbuch einzuführen und womöglich einseitig nicht abzuändern. Die Inkraftsetzung erfolgte durch Einführungsgesetze der deutschen Staaten in den Jahren 1861 bis 1867 (ausgenommen Schaumburg-Lippe, Holstein und Luxemburg).

Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch wurde im Jahre 1869 zum Gesetz des Norddeutschen Bundes und später zum deutschen Reichsgesetz erhoben. Dadurch wandelte es sich aus allgemeinem Recht in formell gemeines Recht und wurde der Abänderung durch Landesgesetz entzogen. Dagegen erfuhr es durch jüngere Reichsgesetze (besonders im Aktiengesellschaftsrecht) wichtige Änderungen.

Im Deutschen Reich wurde es durch das neue Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 nebst Einführungsgesetz vom gleichen Tage ersetzt. Das neue Handelsgesetzbuch ging aus einer Revision des alten hervor, die im Reichsjustizamt ausgearbeitet und im Jahre 1895 von einer Kommission durchberaten, dann noch einmal im Jahre 1896 unter Zuziehung von Sachverständigen geprüft und im Jahre 1897 mit geringen Änderungen von Reichstag und Bundesrat angenommen wurde. Das hauptsächlichste Ziel war die Herstellung des Einklanges mit dem neuen bürgerlichen Recht. Viele Sätze des alten HGB. wurden gestrichen, weil sie entweder in das BGB. übergegangen sind oder abweichende handelsrechtliche Vorschriften nicht mehr erforderlich zu sein schienen. Im übrigen wurden zahlreiche Fassungsänderungen, aber auch wichtige sachliche Änderungen vorgenommen. Endlich wurden einige Ergänzungen eingefügt. Das neue HGB. hat nur vier Bücher statt der fünf des alten, wovon, da das letzte dem Seerecht gewidmet ist, drei sich mit dem eigentlichen Handelsrecht beschäftigen. Es zählt, während das alte in Artikel zerfällt, nach Paragraphen. In Kraft ist es seit dem 1. Januar 1900, jedoch hinsichtlich der neuen Vorschriften für Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge schon seit dem 1. Januar 1898.

Neben dem Handelsgesetzbuch gelten zahlreiche andere Reichsgesetze von ganz oder teilweise handelsrechtlichem Inhalt, von denen manche, wie das Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung und das Binnenschiffahrtsgesetz, nur aus äußeren Gründen nicht in das Handelsgesetzbuch eingefügt sind. In Ermangelung sonderrechtlicher Vorschriften kommt auch in Handelssachen das gemeine Reichsprivatrecht und insbesondere das BGB. zur Anwendung (EG. Art. 2.).

Die Landesgesetzgebung konnte ursprünglich das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch nicht nur ergänzen, sondern auch abändern. Seit der Erhebung des alten HGB. zum Reichsgesetzbuch wurde zwar dessen Abänderung durch Landesgesetz unzulässig, ergänzendes Landesrecht aber blieb zulässig und in erheblichem Umfange, vor allem ja im ganzen Bereiche des subsidiär anzuwendenden bürgerlichen Rechts, von hoher Bedeutung. Dem neuen HGB. gegenüber ist auch ergänzendes Landesrecht ausgeschlossen. Die Landesgesetzgebung ist zum Erlaß von Vorschriften im Gebiete des Handelsprivatrechts wie alles Privatrechts überhaupt nur insoweit befugt, als sie dazu durch Reichsgesetz ausdrücklich ermächtigt ist. Einzelne derartige Vorbehalte finden sich im EG. zum HGB. (Art. 15—21) oder ergeben sich aus den Vorbehalten im EG. zum BGB. Demgemäß sind in den einzelnen Staaten Ausführungsgesetze zum neuen HGB. ergangen.

Materialien: Preuß. ALR. II 8, § 475—2464. — Code de commerce, publ. 20—25. Sept. 1807. — Entw. eines HGB. für das Königr. Württemberg, 2 Tle., 1839 u. 40. — Entw. eines allgemeinen HGB. für Deutschland (Reichshandelsgesetzentwurf) Titel 1—5, 1848 u. 49. — Entw. eines HGB. für die Preuß. Staaten, 2 Tle., 1857 u. 59 (verfaßt von Bischoff). Entw. eines Österr. Handelsrechts, Wien 1857. Protokolle der Kommission zur Beratung eines ADHGB., herausg. v. J. Lutz, 9 Tle. mit Registerband und Beilageband, 1858/63. Einführungsgesetze zum ADHGB. (Preuß. v. 24. Juli 1861, Österr. v. 17. Dez. 1862 usw.) im Beilageband zu den Protok. (III), besonders 1871. Auch bei Salpius, Die Ergänzungen der ADWO. und des ADHG., 1870. — Nordd. BG. v. 5. Juli 1869, RG. v. 16. Apr. 1870 (für Württ., Baden, Hessen), v. 22. Apr. 1871 (f. Bayern), v. 19. Juni 1872 (f. Elsaß-Lothr.), v. 22. März 1891 (f. Helgoland), v. 10. Juli 1879 u. 17. April 1886 (f. Konsularbezirke und Schutzgebiete). — Entw. eines HGB. mit Denkschrift, 1896. Rießer, Zur Revision des HGB., 1887/89; Dickel, Bemerkungen zu dem Entw. eines neuen HGB., 1897; Laband, Deutsche JZ. I 345 ff.; Gierke, Z. f. HR. XLV 441 ff., Der Entwurf des neuen HGB., 1897; K. Lehmann, Arch. f. civ. Pr. LXXXVI 289 ff.; Ehrenberg, Jahrb. f. Dogm. XXXVII 77 ff.; G. Cohn, Arch. f. bürg. R. XII 185 ff. — Ausgaben des neuen HGB. mit Anmerkungen von Gareis, von Frankenburger, von Rudorff, von Dorn. Mit den Nebengesetzen b. Friedberg, Die Handelsgesetzgebung des Deutschen Reichs, 8. Aufl. 1907. Ferner G. Meyerhoff, Corpus juris civilis für das Deutsche Reich und Preußen; mit Erläuterungen; Bd. II Handelsrecht. — Die Ausführungsgesetze in der Sammlung von Becher.

§ 5. Das Handelsgewohnheitsrecht. Das Gewohnheitsrecht, einst die weitaus überwiegende Quelle des Handelsrechts, wahrte in Handelssachen auch gegenüber der vordringenden Gesetzgebung Lebendigkeit und schöpferische Kraft. Das alte Handelsgesetzbuch (Art. 1) entzog ihm seinen eignen Bestimmungen gegenüber die derogatorische Funktion, sprach aber ausdrücklich den Handelsgebräuchen den Vorrang vor allem bürgerlichen Recht und somit

auch vor den sonst das Gewohnheitsrecht ausschließenden Privatrechtsgesetzen zu. Das neue HGB. schweigt gleich dem BGB. über die Kraft des Gewohnheitsrechtes. Somit ist das Handelsgewohnheitsrecht nicht mehr privilegiert. Im Sinne der allgemeinen Ausschließung des Landesprivatrechts durch das Reichsprivatrecht ist anzunehmen, daß partikuläres Gewohnheitsrecht als solches nur anerkannt werden soll, wo das Reichsrecht auf Partikularrecht verweist oder dem Partikularrecht eine Entscheidung vorbehält. Ob sich nicht dennoch auch partikuläres Gewohnheitsrecht durchsetzen kann, ist eine andere Frage. Dagegen steht der Bildung eines gemeinen deutschen Handelsgewohnheitsrechts ein Hindernis nicht entgegen. Ein solches kann auch das gesetzte Recht so gut abändern wie ergänzen. Die Erfordernisse und die Feststellung des Handelsgewohnheitsrechts richten sich nach den allgemeinen Regeln über Gewohnheitsrecht.

Vom Handelsgewohnheitsrecht zu unterscheiden, obschon mit ihm oft unter dem Namen „Handelsgebräuche" oder „Handelsusancen" zusammengefaßt, ist die Handelssitte („die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche"). Die Handelssitte ist tatsächliche Übung ohne die Überzeugung rechtlicher Gebundenheit, daher keine Rechtsquelle. Sie ist aber ein wichtiges Auslegungsmittel für das rechtsgeschäftlich Gewollte und kann im Gebiete des nachgiebigen Rechts die gesetzliche Regel zwar nicht abschaffen, aber tatsächlich außer Anwendung setzen. Das alte HGB. verwies bei Handelsgeschäften allgemein auf die Handelssitte (Art. 279), das neue nur unter Kaufleuten (§ 346). Daneben finden sich allgemeine Verweisungen auf den Handelsgebrauch bei einzelnen Rechtsgeschäften (z. B. § 90, 359, 380, 393). Im übrigen gilt die Auslegungsregel des § 157 BGB., wonach die Verkehrssitte zu beachten ist. Die Verkehrssitte kann auch im Verkehr zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten auf Beachtung der Handelssitte hinauslaufen. Zur Feststellung der Handelssitte sind Bekundungen von kaufmännischen Korporationen oder Handelskammern oder von sachkundigen Einzelnen (sog. Pareres) besonders geeignete Mittel.

Sammlungen: Pegoletti, La pratica della mercatura (vor 1343). — Decisiones Rotae Genuensis. — Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr, herausg. v. Dove u. Apt, 1897 und Fortsetzungen; Breslauer Handelsgebräuche, Gutachten der Breslauer Handelskammer, herausg. v. Riesenfeld, 1900 und Fortsetzung; Zander-Fuhrmann, Danziger Handelsgebräuche, 1901.

§ 6. Literatur. Die älteste wissenschaftliche Erörterung handelsrechtlicher Fragen begegnet in den Werken der mittelalterlichen Legisten und Kanonisten (z. B. bei Bartolus, Baldus, Durantis). Vorläufer einer gesonderten Darstellung des Handelsrechts waren die Aufzeichnungen der Handelsgebräuche und die Schriften der juristisch-theologischen Summisten über die Erlaubtheit der Handelsgeschäfte vor dem forum conscientiae (so z. B. der compendiosus tractatus de contractibus mercatorum des 1438 verstorbenen deutschen Dominikaners Joh. Nider). Im 16. Jahrhundert löste sich die Handelsrechtswissenschaft als besonderer Zweig der Rechtswissenschaft von der zivilistischen Jurisprudenz ab, behielt aber ihr europäisches Gepräge. Das älteste Kompendium des Handelsrechts veröffentlichte i. J. 1553 Benvenuto Straccha aus Ankona: Tractatus de mercatura s. mercatore. Ihm folgten andere Italiener, wie Sigism. Scaccia, Tractatus de commerciis et cambio, 1618, Jos. de Casaregis, Discursus legales de commercio, 1719/29, und Franzosen, wie J. Savary, Le parfait négotiant, 1675. Auf demselben Boden steht der i. J. 1662 erschienene umfangreiche Tractatus politico-juridicus de jure mercatorum et commerciorum singulari des lübischen Ratsherrn Joh. Marquard.

Die selbständige wissenschaftliche Behandlung des deutschen Handelsrechts regte Joh. Georg Büsch (1728—1800) mit seinen das Handelsrecht in die Handelslehre hineinziehenden Arbeiten an. Sein Schüler F. v. Martens (1756—1821) schrieb das erste deutsche Werk über Handelsrecht, in juristischer, aber vom Naturrecht beeinflußter Behandlungsweise (Grundriß des Handelsrechts, 1. Aufl. 1797, 3. Aufl. 1820). Eine mehr positivrechtliche Richtung wurde durch die Praxis der Hansestädte und deren ausgezeichnete Vertreter angebahnt. Insbesondere durch Heise (1778—1851), dessen 1814 bis 1817 gehaltene Vorlesungen 1858 veröffentlicht sind. Zu erwähnen sind ferner Bender (1797—1859, Grundsätze des deutschen Handelsrechts, 1824), Meno Pöhls (Darstellung des gemeinen und des Hamburgischen

Handelsrechts, 1828/34) und Brinkmann (1809—1855, Lehrbuch des Handelsrechts, herausgegeben von Endemann 1853/60), sowie Cropp (1790—1832) und Treitschke (1783—1855). Mit außerordentlicher Energie und nachhaltigem Erfolg, aber nicht ohne romanisierende Begriffsvergewaltigung, führte Heinrich Thöl (1807—1884) die juristisch-konstruktive Methode durch (1. Aufl. 1847). Einen neuen Impuls durch tiefgründige rechtsgeschichtliche Forschung und Verwertung derselben für die Dogmatik gab Levin Goldschmidt (1829—1897) der Handelsrechtswissenschaft. Für die Verbindung juristischer und wirtschaftlicher Betrachtungsweise, vielfach aber auf Kosten der festen Rechtsbegriffe, wirkte W. Endemann.

Eine neue Epoche der deutschen Handelsrechtswissenschaft brach mit dem Zustandekommen des Handelsgesetzbuches an. Das Gesetzbuch wurde mit zahlreichen und zum Teil wissenschaftlich wertvollen Kommentaren versehen. Aber auch die systematischen Darstellungen des Handelsrechts und die Einzelschriften stellten sich auf den Boden des nunmehr errungenen Gesetzesrechtes. Die neuesten Arbeiten verfolgen die gleichen Wege im Anschluß an das neue Handelsgesetzbuch.

Kommentare: Anschütz u. v. Völderndorff, 3 Bde. 1867/73, zum Teil in 2. Aufl. v. Allfeld 1894. — v. Hahn, 2 Bde. 1877/83, Bd. I 4. Aufl. 1894. — Keyßner 1878. — Makower, 13. Aufl. 1906 ff. — Puchelt, 4. Aufl. v. Fortsch 1894. — Gareis u. Fuchsperger 1871, 2. Aufl. 1898 ff. — H. Staub 1891, 6. u. 7. Aufl. 1900, 8. Aufl. bearb. v. Könige, Strang u. Pinner, 1906, 9. Aufl. v. Könige, Pinner und Bondi, 1912. — Düringer u. Hachenburg 1898 ff. — K. Lehmann u. V. Ring 1901.

Systeme: H. Thöl, Das Handelsrecht, 6. Aufl. 1879. — L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 1864 ff. (Bd. I 2. Aufl. 1875, Bd. II 1883, unvollendet); System des HR. im Grundriß, 4. Aufl. 1892. — W. Endemann, Das deutsche HR., 4. Aufl. 1887. — Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, 4 Bde., 1881/85 (Beiträge verschiedener Verfasser), herausg. v. W. Endemann. — J. Fr. Behrend, Lehrbuch des HR., Bd. I 1886/96. — C. Gareis, Das deutsche HR., 8. Aufl. 1909. — K. Cosack, Lehrbuch des HR., 1888, 7. Aufl. 1910. — H. O. Lehmann in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft S. 595 ff. — K. Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 1908. — Außerdem Darstellungen in manchen Lehrbüchern des deutsch. Privatrechts (z. B. bei Beseler, Bluntschli, Gerber) und in dem Werke H. Dernburgs über preuß. Privatrecht und jetzt über bürg. Recht.

Zeitschriften: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, seit 1858, begründet von Goldschmidt, nach dessen Tode herausg. v. H. Keyßner u. K. Lehmann, jetzt (mit Titelzusatz „und Konkursrecht") v. K. Lehmann, O. Frankl, E. Boyens, J. v. Gierke, A. Seligsohn u. E. Wieland. — Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Handels- und Wechselrechts, 1863—1888. — Löhr, Zentralorgan für das deutsche Handels- und Wechselrecht, 1862—1873. — Leipziger Zeitschr. für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, seit 1907, herausg. v. Düringer, Jäger u. Könige.

Entscheidungen: Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, seit 1847. — Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, 25 Bde., 1871/79. — Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, seit 1880.

Formulare: Friedberg, Formelbuch für Handels-, Wechsel- und Seerecht, 1890, 2. Aufl. 1901.

Handelsrechtspraktika: Rießer, 1888. — Sehling, Sammlung handels- und wechselrechtlicher Fälle, 3. Aufl. 1906.

§ 7. Das fremde Handelsrecht. Das fremde Handelsrecht ist für das Verständnis des deutschen Handelsrechts nur Hilfsmittel. Es ist aber wegen der hier besonders starken internationalen Zusammenhänge ein besonders wichtiges Hilfsmittel. Überdies ist es von den deutschen Gerichten auf Grund der Regeln des internationalen Privatrechts vielfach unmittelbar anzuwenden.

Den größten Einfluß erlangte der französische Code de commerce von 1807. Er gilt in Frankreich selbst bis heute, wenngleich mit wichtigen Abänderungen durch spätere Gesetze. Auch gilt er in Luxemburg und in Polen. In Belgien ist er 1867—1879 revidiert. Mit geringen Änderungen reproduzieren ihn die Handelsgesetzbücher von Griechenland (1835), Serbien (1860), der Türkei (1850/60) und Ägypten (1874/75). Verwandt mit ihm sind die Handelsgesetzbücher der Niederlande (1838), Spaniens (1829, revid. 1885), Portugals (1833, revid. 1888) und der mittel- und südamerikanischen Staaten (Brasilien 1850, Argentinien 1859/62, revid. 1889, Chile 1865 usw.). Auch der italienische Codice di commercio von 1865,

während die Neufassung von 1882 vielfach auch aus dem deutschen Recht schöpft. Das italienische HGB. von 1882 hat dem HGB. Rumäniens v. 1887 als Vorbild gedient.

Das deutsche Handelsgesetzbuch alter Fassung gilt in Österreich. Verwandt mit ihm sind die HGB. für Ungarn von 1875 und für Bosnien und Herzegowina von 1883. Auf deutscher Grundlage ruht das Handelsrecht im schweizerischen Obligationenrecht von 1881, wenig verändert im neuen Obligationenrecht von 1911. Vielfach an das deutsche Recht schließt sich auch das seit dem 16. Juni 1899 in Kraft getretene japanische Handelsrecht an.

Eine selbständige Stellung nimmt die russische Handelsgesetzgebung im Reichsgesetzbuch von 1835 XI (vervollständigt 1857, neu ediert 1893) ein.

Nicht kodifiziert, wenn auch in einzelnen Materien gesetzlich geregelt, ist das Handelsrecht in England, den Vereinigten Staaten von Amerika und den skandinavischen Ländern.

Materialien: O. Borchardt, Die geltenden Handelsgesetze des Erdballs, gesammelt und ins Deutsche übertragen, Bd. I 2. Aufl. 1884, Bd. II—V 1884/87 u. Nachträge. Von diesem großartigen Werke ist eine neue (3.) erweiterte Auflage, herausg. v. J. Kohler, F. Meyer, H. Dove u. H. Trumpler, der Vollendung nahe. — Berichte in den einzelnen Bänden der Z. f. HR. — Übersetzung des russischen HGB. von Zwingemann, 1889. — Übersetzung der japanischen HGB. von Lönholm.

Literatur: Pardessus: Cours de droit commercial, 6. éd. 1856/57 (deutsche Bearbeitung von Schiebe, 1838). Ch. Lyon-Caen et L. Renault, Traité de droit commercial, 2. éd. 1888 sq., 3. éd. 1900 sq. E. Valabrèque, Nouveau cours de droit commercial, 1897. — Vidari, Corso di diritto commerciale, 5. ed. 1900 sq. — Vivante, Trattato di diritto commerciale 2. ed. 1902/05. — Fr. Pollitzer, Das Österr. Handelsrecht, 1895. — R. v. Canstein, Lehrbuch des Österr. Handelsrechts, 1895 ff. — Schneider u. Fick, Das Schweizerische Obligationenrecht, 2. Aufl. 1897. Hafner, Schweiz. OR., 2. Aufl. 1896. — P. Rehme, Das japanische Handelsrecht, Z. f. HR. LI 1 ff., LII 1 ff. — J. W. Smith, A compendium of mercantile law, 10. ed. 1890. Kent, Commentaries on american law, Vol. II (14. ed. 1896).

§ 8. Hilfswissenschaften. Für das Handelsrecht bilden einerseits die übrigen Zweige der Rechtswissenschaft, anderseits die allgemeine und spezielle Nationalökonomie ein unentbehrliches Hilfsmittel. Überdies aber empfängt es sein volles Verständnis erst durch die Handelswissenschaften, die das Getriebe des Handels im ganzen, seine Geschichte, seine Technik und seine Differenzierung darlegen.

Literaturnachweise bei Thöl § 1, Goldschmidt, Handb. I 10, System § 1, K. Lehmann § 7 Z. 10.

Drittes Kapitel.

Der Geltungsbereich des Handelsrechts.

§ 9. Handelssachen. Das Handelsrecht gilt in „Handelssachen" (EG. Art. 2). Handelssachen sind die in Anlehnung an den wirtschaftlichen Begriff des Handels, aber in formell selbständiger und vielfach abweichender Weise durch die Rechtsordnung dafür erklärten Tatbestände.

Enger ist der Begriff der Handelssachen im Sinne der Handelsprozeßsachen. Dieser Begriff hat nur Bedeutung, soweit besondere Handelsgerichte bestehen, deren Zuständigkeit bestimmt werden soll. Nach heutigem deutschen Recht umfaßt er die Streitsachen, die gemäß GVG. § 101 in erster Instanz vor die Kammern für Handelssachen, falls solche bei den Landgerichten gebildet sind, gehören.

§ 10. Handel im wirtschaftlichen Sinn. Eigentlicher Handel ist der gewerbmäßige Umsatz von Natur- oder Kunsterzeugnissen. Wer ein solches Gewerbe betreibt, heißt Kaufmann. Der Gegenstand des Umsatzes heißt Ware. Das Umsatzgeschäft ist das eigentliche Handelsgeschäft. Es besteht aus Anschaffung und Veräußerung in Beziehung aufeinander und vermittelt zwischen Produzenten und Konsumenten, von denen jene nur Absatz, diese nur Einkauf wollen. Der Handel zerfällt nach dem Gegenstande in Waren-, Effekten-, Geld- und Buchhandel; nach den Beziehungen zum In- oder Auslande in Binnen-, Ausfuhr-,

Einfuhr- und Zwischenhandel; nach dem Wege, den die Waren nehmen, in Land- oder Seehandel; nach dem Betriebe für eigne oder fremde Rechnung in Eigen- oder Kommissionshandel; nach dem vorzugsweise auf den Absatz an andere Kaufleute oder unmittelbar auf den Absatz an die Konsumenten eingerichteten Betriebe in Großhandel und Detailhandel. Handel im offenen Laden heißt Kramhandel, Handel im Umherziehen Hausierhandel, Handel mit gewöhnlichen Lebensmitteln Hökerhandel, Handel mit gebrauchten Sachen Trödelhandel.

Zum *Handel im weiteren Sinne* gehört alle dem Warenumsatz dienende, ihn vorbereitende, fördernde oder sichernde geschäftliche Tätigkeit, also z. B. Vergesellschaftung, Gewinnung von Hilfskräften, Beschaffung von Verkehrs- und Zahlungsmitteln, Transport und Versicherung.

Handel im *uneigentlichen* Sinne ist die nicht gewerbemäßige Vornahme eines Umsatzgeschäftes.

Kein Handel im wirtschaftlichen Sinne ist sonstiger Gewerbebetrieb. Daher nicht die gewerbemäßige Urproduktion (Land- und Forstwirtschaft, Jagd, Fischerei, Bergbau). Aber auch nicht die Formproduktion im Großbetriebe (Fabrikation) oder Kleinbetriebe (Handwerk); auch dadurch, daß er den Rohstoff kauft, wird der Fabrikant oder Handwerker wirtschaftlich nicht zum Kaufmann. Ebensowenig sind die selbständigen Hilfsgewerbe, wie z. B. die Vermittlungsgewerbe (Agentur, Mäkelei), das Auskunftsgewerbe, das Transportgewerbe, das Aufbewahrungsgewerbe und das Versicherungsgewerbe, zum Handel im wirtschaftlichen Sinn zu rechnen. Ein jedes dieser Gewerbe aber kann nach dem zuerst vom Handel geprägten Vorbilde „kaufmännisch", mit kaufmännisch eingerichtetem Geschäft und insbesondere mit kaufmännischer Buchführung, betrieben werden.

§ 11. Rechtliche Abgrenzung der Handelssachen. 1. *Prinzip der Abgrenzung.* Die Abgrenzung der Handelssachen kann nach dem *subjektiven* oder dem *objektiven* Prinzip oder nach einem *gemischten* System erfolgen. Im Sinne des subjektiven Prinzips sind Handelssachen Kaufmannssachen, d. h. alle zum Geschäftsbetriebe eines Kaufmanns gehörigen Tatbestände. Im Sinne des objektiven Prinzips sind Handelssachen Merkantilsachen, d. h. alle den Handelsverkehr bildenden Tatbestände.

Ursprünglich war das Handelsrecht lediglich Sonderrecht der Kaufleute. Seit der Durchbrechung der ständischen Geschlossenheit wurde vielfach das objektive Prinzip, jedoch niemals rein, durchgeführt.

Das *alte* HGB. beruht auf einem *gemischten* System. Es geht vom Begriff des Kaufmanns aus (Art. 4) und stellt ein Sonderrecht für Kaufleute auf. Die Eigenschaft als Kaufmann knüpft es an den gewerbemäßigen Betrieb gewisser Geschäfte, die als Grundhandelsgeschäfte anerkannt sind (Art. 271—272). Die Kaufmannseigenschaft jedoch, einmal begründet, durchdringt den ganzen Geschäftsbetrieb und macht auch alle anderen ihm eingefügten Geschäfte zu Handelsgeschäften (Art. 273). Zugleich aber legt das alte HGB. im Sinne des objektiven Prinzips den Begriff des Handelsgeschäftes zugrunde. Es unterwirft einerseits gewisse Geschäfte, deren gewerbemäßiger Betrieb zum Kaufmann macht, auch dann, wenn sie von einem Nichtkaufmann oder von einem Kaufmann außerhalb seines Gewerbebetriebes geschlossen werden, dem Handelsrecht, indem diese Geschäfte stets um ihres Inhaltes willen als Handelsgeschäfte gelten (absolute oder objektive Handelsgeschäfte, Art. 272). Und es entzieht anderseits gewisse Geschäfte auch dann, wenn sie gewerbemäßig oder von einem Kaufmann vorgenommen werden, dem Handelsrecht. Vor allem Verträge über unbewegliche Sachen, die niemals Handelsgeschäfte sein können (Art. 275). Außerdem die Veräußerungen der Handwerker in ihrem sonst kaufmännischen Gewerbebetriebe (Art. 273 Abs. 3).

Das *neue* HGB. ist grundsätzlich zum *subjektiven* Prinzip zurückgekehrt. Es geht vom Begriff des Kaufmanns aus und kennt keine Handelssachen, bei denen nicht ein Kaufmann beteiligt wäre. Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Handelsgeschäfte sind die zum Betriebe eines Handelsgewerbes gehörigen Geschäfte. Daher gibt es keine objektiven Handelsgeschäfte. Ferner sind auch Verträge über unbewegliche Sachen, wenn sie im Betriebe eines Handelsgewerbes geschlossen werden, Handelsgeschäfte. Allerdings wirkt der alte Gedanke, daß Grund und Boden nicht zum Handel bestimmt ist, darin nach,

daß unter den einzelnen aufgezählten Geschäften, deren gewerbemäßiger Betrieb ohne weiteres zum Kaufmann macht, sich keine Verträge über unbewegliche Sachen befinden, und daß Grundstücke niemals als Waren gelten. Ist aber jemand Kaufmann — und er kann es auch sein, wenn Verträge über unbewegliche Sachen den Hauptinhalt seines Geschäftsbetriebes bilden —, so macht die Zugehörigkeit zu seinem Betriebe auch Grundstücksgeschäfte zu Handelsgeschäften. Auch die Ausnahme in Ansehung der Veräußerungen von Handwerkern ist gestrichen. Nur dadurch wird das subjektive Prinzip abgewandelt, daß die Regel des alten HGB. beibehalten, wenn auch durch zahlreichere Ausnahmen durchbrochen ist, nach der im handelsgeschäftlichen Verkehr zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten auch auf den Nichtkaufmann das Handelsrecht Anwendung findet.

2. Umfang des Handelsbegriffs. Das Handelsrecht, das ursprünglich nur für den Handel im wirtschaftlichen Sinne galt, ist mehr und mehr auf andere Gewerbebetriebe ausgedehnt. Damit sind zahlreiche Gewerbetreibende, die im Sinne des Lebens Kaufleute nicht sind, im Sinne des Rechts zu Kaufleuten geworden. So schon nach dem alten HGB. die meisten Fabrikanten, viele Handwerker (diese freilich nur halb) und zahlreiche Unternehmer von Hilfsgewerben. Ferner nach späteren Gesetzen bestimmte Genossenschaften, die ihrer Form wegen auch dann Kaufleute sind, wenn sie Handel im wirtschaftlichen Sinn nicht treiben. Endlich hat das neue HGB. nicht nur an diesen Kategorien mit einigen Änderungen und unter Beseitigung der Einschränkung für Handwerker festgehalten, sondern den Kaufmannsbegriff auf eine unbestimmte weitere Klasse von Gewerbetreibenden erstreckt, die im wesentlichen den gesamten kaufmännisch eingerichteten Großbetrieb umfassen soll.

Literatur: Thöl I § 25 ff. Goldschmidt, Handb. I § 40 ff. Behrend I § 22 ff. — G. Wendt, Die Tragweite des Art. 275 des HGB., 1882. Marcuse, Begriff und Arten der Verträge über unbewegliche Sachen im Sinne des HGB. Art. 275, 1884. Pollitzer, Das Verhalten des ADHG. zum Immobiliarverkehr, 1885. — K. Lehmann § 13—14, 21. Gareis § 6—10. Cosack § 6.

Zweites Buch.

Handelspersonenrecht.

Erstes Kapitel.

Die Kaufmannseigenschaft.

§ 12. Die Kaufmannseigenschaft überhaupt. „Kaufmann" im Sinne des HGB. ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt (§ 1 Abs. 1). Der Kaufmannsbegriff des HGB. ist für das öffentliche Recht (z. B. Steuergesetze, Bildung von Handelskammern) nicht maßgebend.

Die Kaufmannseigenschaft entsteht durch die Tatsache des Betriebes eines Handelsgewerbes. Während nach dem früheren Handelsrecht Kaufmann nur war, wer befugterweise Handel trieb, ist nach altem und neuem HGB. (Art. 11, § 7) auch Kaufmann, wer verbotswidrig ein Handelsgewerbe betreibt. Manche Gewerbebetriebe aber werden nach dem neuen HGB. erst durch Eintragung zum Handelsgewerbe.

Erforderlich ist der Betrieb durch ein rechtsfähiges Wesen (Einzelperson, juristische Person oder Personeneinheit). Geschäftsfähigkeit ist nicht erforderlich.

Erforderlich ist ferner, obschon das Gesetzbuch dies nicht ausdrücklich sagt, Betrieb in eignem Namen. Kaufmann ist nur der Gewerbeprinzipal; nicht der Gehilfe, nicht das bloße Organ (z. B. der Vorsteher einer Aktiengesellschaft), nicht der bloß mit einer Vermögenseinlage an fremdem Geschäft Beteiligte (z. B. der stille Gesellschafter), nicht das Mitglied einer kaufmännischen Verbandsperson. Kaufmann ist aber jeder Prinzipal; auch der bloße Mitprinzipal (daher nicht bloß der offene Gesellschafter, sondern auch, obschon dies stark bestritten

ist, der Kommanditist); auch der selbst nicht tätige Prinzipal (z. B. das bevormundete Kind oder die von einem Prokuristen durchweg vertretene Witwe); auch wer für fremde Rechnung tätig ist; ja auch wer mit fremden Mitteln (sei es auch nur als vorgeschobene Person) für einen anderen in eignem Namen Handel treibt.

Erforderlich ist endlich gewerbemäßiger Betrieb. Gewerbe ist eine dauernde und gleichförmige Tätigkeit, die als eine regelmäßige Einkommensquelle dienen soll. Die Tätigkeit muß auf die Dauer angelegt sein, es genügt aber ein begrenzter längerer Zeitraum (z. B. im Rahmen einer Pachtung). Die Tätigkeit muß gleichförmig sein, kann aber in einer zusammengehörigen Gattung verschiedenartiger Geschäfte bestehen. Sie muß eine regelmäßige Einkommensquelle bilden sollen, keineswegs aber notwendig die ausschließliche Nahrungsquelle, so daß auch ein Nebengewerbe Handelsgewerbe sein kann. Unerläßlich ist Gewinnabsicht; ob der Erfolg erreicht wird, ist gleichgültig. Schlechthin wesentlich ist ein erklärter oder aus den Umständen erhellender konstitutiver Wille („Gewerbeabsicht"), der die einzelnen Geschäfte zu einem zweckbestimmten Ganzen verbindet. Dieser Wille macht schon das erste Geschäft, das die Reihe eröffnet, zum Gewerbegeschäft; würde jemand nach dem ersten Geschäft vom Schlage gerührt, so wäre er als Kaufmann gestorben.

Die Kaufmannseigenschaft endet durch Einstellung des Gewerbebetriebes. Vorübergehende Sistierung (auch Konkurs) wirkt nicht beendigend. Auch wo die Kaufmannseigenschaft erst durch Eintragung entsteht, endet sie durch Einstellung des Gewerbebetriebes ohne Löschung und überdauert die Löschung, wenn der Betrieb fortgesetzt wird.

§ 13. Handelsgewerbe kraft Geschäftsbetriebes. Als Handelsgewerbe gilt ohne weiteres und ohne Eintragung jeder Gewerbebetrieb, der Grundhandelsgeschäfte zum Gegenstande hat. Die Grundhandelsgeschäfte sind im § 1 Abs. 2 des HGB. unter neun Nummern aufgezählt (es sind mit einigen Änderungen die Grundhandelsgeschäfte des alten HGB., sowohl die objektiven Handelsgeschäfte des Art. 271 wie die Handelsgewerbegeschäfte des Art. 272). Es genügt, daß der gewerbemäßige Betrieb solcher Geschäfte einem Gewerbebetriebe beigemischt ist, um ihn zum Handelsgewerbe zu machen. Ebenso macht ein auf solche Geschäfte gerichtetes Nebengewerbe in Ansehung des Nebenbetriebes (nicht dagegen in Ansehung des Hauptgewerbes) zum Kaufmann. Eine Ausnahme gilt in beiderlei Hinsicht für die Land- und Forstwirtschaft (§ 3).

Die einzelnen Grundhandelsgeschäfte sind die folgenden.

1. Das Warenumsatzgeschäft, die Anschaffung und Weiterveräußerung von Waren oder Wertpapieren mit oder ohne Veränderung. Darunter fallen die beiden wichtigsten objektiven Handelsgeschäfte des alten HGB., die Spekulationsanschaffung (Art. 271 Z. 1) und die Spekulationsveräußerung (Art. 271 Z. 2).

Anschaffung ist der Erwerb von Eigentum oder Eigenbesitz durch entgeltliches Rechtsgeschäft. Insbesondere durch Kauf, aber auch durch Tausch, Annahme an Zahlungs Statt, Werkvertrag usw. Nicht dagegen unentgeltlicher Erwerb (aus Schenkung oder von Todes wegen); nicht Erwerb durch Aneignung oder Erzeugung (Jagd, Fischfang, Bergbau, Fruchtziehung usw.); nicht Erwerb zu bloßem Miets- oder Pfandbesitz.

Weiterveräußerung ist die Übertragung von Eigentum oder Eigenbesitz durch entgeltliches Rechtsgeschäft. Insbesondere durch Verkauf, aber auch durch Tausch, Hingabe an Zahlungs Statt, Werkvertrag usw. Nicht dagegen unentgeltliche Weggabe; nicht bloßes Vermieten (z. B. durch ein Reitinstitut, eine Leihbibliothek, ein Garderobengeschäft) oder Verpfänden.

Geeigneter Gegenstand sind Waren und Wertpapiere. Waren sind bewegliche Sachen mit stofflichem Wert. Keine Waren sind Grundstücke. Somit ist der Grundstückshandel kein Grundhandelsgeschäft. Ebensowenig die Anschaffung eines Grundstücks, um aus ihm hergestellte bewegliche Sachen (z. B. Steine aus dem Steinbruch, Kohlen aus dem Kohlenbergwerk, Mineralwasser aus der Quelle, Ziegel aus der gebrannten Erde, Materialien aus dem abgebrochenen Gebäude) zu verkaufen. Oder die Anschaffung beweglicher Sachen, um eine aus ihnen hergestellte unbewegliche Sache zu veräußern (z. B. der Kauf des Bauunternehmers oder Bauhandwerkers). Den Waren gleichgestellt sind Wertpapiere (nach altem HGB. nur

Staatspapiere, Aktien und andere für den Handel bestimmte Wertpapiere), d. h. Urkunden, die das verbriefte Recht dergestalt verkörpern, daß sie das Mittel seiner Verwertung bilden und somit den Wert des Rechtes in sich tragen. Nicht dagegen andere vermögenswerte Rechte mit den ihnen zugehörigen Urkunden.

Anschaffung und Veräußerung müssen miteinander in *Verbindung* gesetzt sein. Es genügt weder gewerbemäßige Anschaffung, um zu behalten, zu gebrauchen, zu vermieten usw., noch gewerbemäßige Veräußerung der eigenen Erzeugnisse oder des zu anderem Zwecke Angeschafften (z. B. Einrichtung eines gewerbemäßigen Verkaufs behufs Auflösung einer Kunstsammlung).

Diese Verbindung muß in *Gewinnabsicht* erfolgen. Dies ergibt sich aus dem Erfordernis des gewerbemäßigen Betriebes, war aber schon nach dem alten HGB. anzunehmen, da sonst jeder Einkauf von Weihnachts- oder Geburtstagsgeschenken ein Handelsgeschäft gewesen wäre. Somit ist nicht nur die Anschaffung, um zu verschenken oder zu verschleudern, sondern auch die Anschaffung, um zum Selbstkostenpreise zu verkaufen, kein Grundhandelsgeschäft. So die Anschaffung von Wein oder Zigarren, um einen Teil an Freunde abzugeben; der Ankauf von Holz oder Lebensmitteln durch einen wohltätigen Verein behufs Überlassung zum Einkaufspreise an Bedürftige; der Betrieb eines Offizierkasinos; an sich auch der eines Konsumvereins. Ferner die Anschaffung von Nebensachen, die mit selbsterzeugten Sachen mitveräußert werden sollen, ohne daß gerade an ihnen gewonnen werden soll, wie von Säcken, Fässern usw. oder von Rahmen und Kartons für selbstgefertigte Photographien.

Endlich müssen sich Anschaffung und Veräußerung auf *denselben Gegenstand* richten. Erfolgt der Umsatz *ohne Veränderung* (die in bloßer Zerlegung oder Verkleinerung nicht zu finden ist), so liegt das eigentliche Handelsgeschäft vor, dessen gewerbemäßige Vornahme zum Händler, zum Kaufmann im wirtschaftlichen Sinn und damit immer auch zum Kaufmann im Rechtssinne macht. Auch der kleinste Händler, die Blumenverkäuferin oder das mit Wachsstreichhölzern handelnde Kind ist Kaufmann. Das HGB. erweitert aber den Begriff des handelsrechtlichen Umsatzgeschäftes außerordentlich, indem es ihn auch für anwendbar erklärt, wenn die Weiterveräußerung „*nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung*" erfolgt. Bearbeitung ist Formveränderung des Stoffs (z. B. Färben, Bemalen, Schleifen), Verarbeitung Herstellung einer neuen Sache aus dem Stoff (z. B. eines Rockes aus Tuch, eines Sattels aus Leder, einer Maschine aus Eisen). Hiermit sind alle Fabrikanten, die Rohstoffe oder Halbfabrikate kaufen, und ebenso zahlreiche Handwerker (wie Bäcker, Fleischer, Brauer, Schlosser, Schmiede, Klempner, Kürschner, Gerber, Schuhmacher, die meisten Schneider usw.) zu Kaufleuten erklärt. Dagegen wird ein Betrieb dadurch nicht zum Handelsgewerbe, daß Stoffe eingekauft werden, die bei der Produktion als bloße Zutaten oder Mittel verbraucht werden sollen. Der Gärtner wird durch die Anschaffung von Samen oder Stecklingen, der Milch- oder Käseproduzent durch die Anschaffung von Vieh, der Flickschneider durch die Anschaffung von Futter, Knöpfen und Nähmaterial, der Maler durch die Anschaffung von Leinwand und Farbe, der Bildhauer durch die Anschaffung von Marmor nicht zum Kaufmann.

2. Die *fabrikmäßige Be- oder Verarbeitung von Waren* (das erste Handelsgewerbegeschäft des alten HGB. Art. 272 Z. 1). Erforderlich ist, daß die Bearbeitung oder Verarbeitung fremder Sachen durch entgeltliches Rechtsgeschäft, das regelmäßig Werkvertrag ist, aber auch Dienstvertrag sein kann, übernommen wird. Ausgeschlossen ist auch hier die Bearbeitung unbeweglicher Sachen (z. B. Hausanstrich, Dachreparatur, Wegeanlage, Drainage, Kanalbau) und die Herstellung eines Werkes, zu dem der Besteller nur Verbrauchs- oder Arbeitsmittel (z. B. Marmor zur Büste) liefert. Vor allem aber ist erforderlich, daß „der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht", also Fabrikbetrieb ist. Kaufleute sind hiernach die Unternehmer großer Färbereien, Plättereien, Spinnereien, Wäschereien, Bleichereien, Gerbereien, Mühlen, Reparaturwerkstätten, Schleifereien, Hundedressuranstalten usw. Keine Kaufleute dagegen sind unter den Handwerkern die Färber, Maler, Wäscher, Lohntischler, Flickschneider, Lohnmüller, Buchbinder usw. Freilich aber wird der Buchbinder, der nebenbei mit Papier und Schreibheften handelt, der Friseur, der Seife und Haaröl verkauft, der Uhrmacher, der Uhren kauft und verkauft, durch solchen Nebenhandel zum Kaufmann.

3. Übernahme von Versicherung gegen Prämie (nach altem HGB. Art. 271 Z. 3 das dritte objektive Handelsgeschäft). Dagegen ist die Versicherung auf Gegenseitigkeit kein Grundhandelsgeschäft.

4. Die Bankier- und Geldwechslergeschäfte (Handelsgewerbegeschäft auch nach altem HGB. Art. 272 Z. 2). Was dazu gehört, bestimmt sich nach den Verkehrsanschauungen. Das gewöhnliche Pfandleihgewerbe fällt nicht darunter.

5. Gewisse Transportgeschäfte. Unbedingt die Übernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See (früher zusammen mit der jetzt als Grundhandelsgeschäft ganz gestrichenen Bodmerei das vierte objektive Handelsgeschäft des Art. 271 Z. 4). Ferner die Geschäfte der Frachtführer und der zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten (Handelsgewerbegeschäft nach altem HGB. Art. 272 Z. 3). Unbedingt also die Güterbeförderung zu Lande oder auf Binnengewässern, so daß auch der kleinste Frachtführer Kaufmann ist; dagegen die Personenbeförderung hier nur als Großbetrieb, so daß die Unternehmer von Straßenbahnen, Droschkenanstalten, Dampfschiffverbindungen usw. Kaufleute sind, gewöhnliche Lohnfuhrherren, Droschkenbesitzer, Fährleute usw. der Kaufmannseigenschaft darben. Endlich die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer (neu).

6. Die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure oder der Lagerhalter. Kommissionär ist, wer gewerbsmäßig in eignem Namen für fremde Rechnung Waren oder Wertpapiere kauft oder verkauft (§ 383); Spediteur, wer gewerbsmäßig in eignem Namen für fremde Rechnung Güterversendungen durch Frachtführer oder Verfrachter von Seeschiffen besorgt (§ 407); Lagerhalter, wer gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt (§ 416). (Das Kommissions- und Speditionsgeschäft waren auch nach dem alten HGB., Art. 272 Z. 3, Handelsgewerbegeschäfte.)

7. Die Geschäfte der Handlungsagenten und Handelsmäkler. Handlungsagenten und Handelsmäkler sind selbständige gewerbsmäßige Vermittler von Handelsgeschäften, die Handlungsagenten kraft ständigen Auftrages für ein fremdes Handelsgewerbe (§ 84), die Handelsmäkler kraft einzelner Aufträge für andere (§ 93). (Das alte HGB., § 272 Z. 4, erklärte jede Vermittlung von Handelsgeschäften, mit Ausnahme der amtlichen Geschäfte der Handelsmäkler, für ein Handelsgewerbegeschäft.)

8. Die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- und Kunsthandels (ebenso altes HGB. Art. 272 Z. 5). Die Verleger sind Kaufleute, obschon ihre Tätigkeit Urproduktion ist. Auch Zeitungsverlag, Kommissionsverlag, gewerbsmäßiger Selbstverlag macht zum Kaufmann.

9. Die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht (wie altes HGB. Art. 272 Z. 5). Der kleine Drucker oder Lithograph ist nicht Kaufmann.

§ 14. Handelsgewerbe kraft Eintragung. Ein gewerbliches Unternehmen, das nicht auf Grundhandelsgeschäfte gerichtet ist, erlangt unter Umständen durch Eintragung der Firma des Unternehmers in das Handelsregister für das Handelsrecht die Eigenschaft eines Handelsgewerbes. Voraussetzung dafür ist, daß das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 2 S. 1). Die kaufmännische Einrichtung wird sich besonders in der Buchführung, dem Firmengebrauch, der Korrespondenz, der Kassenführung, dem Hilfspersonal geltend machen. Dem Umfange nach muß das Unternehmen, um kaufmännische Einrichtung zu fordern, jedenfalls Großbetrieb sein. Wie es der Art nach beschaffen sein muß, läßt sich nur nach der jeweiligen Verkehrsgewohnheit entscheiden. Es handelt sich also stets um eine konkrete Tatfrage.

Wer ein derartiges Unternehmen betreibt, ist nach der gesetzlichen Regel nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, eine Firma anzunehmen und deren Eintragung zu bewirken (§ 2 S. 2). Es findet gegen ihn amtlicher Eintragungszwang statt. Somit sollen z. B. auch Fabrikanten, die nur selbsterzeugte Rohstoffe verarbeiten, wie dies bei Ziegeleien Porzellanmanufakturen, Zementfabriken, Hüttenwerken, Brennereien usw. vorkommen kann,

die Kaufmannseigenschaft, die sie an sich nicht haben, durch Eintragung erwerben. Ebenso aber unter Umständen Grundstückshändler, Bauunternehmer, Bergbautreibende, Handelsgärtner, Pfandleiher, Unternehmer von Auskunftsbureaus, Leihbibliotheken, Reitinstituten usw. Die Fülle der Betriebe, die so dem Handelsrecht unterworfen werden können, ist unübersehbar.

Die gesetzliche Regel wird aber durch die der *Land- und Forstwirtschaft* eingeräumte Ausnahmestellung durchbrochen (§ 3).

Der Betrieb der Land- und Forstwirtschaft *als solcher* ist niemals Handelsgewerbe. Er ist es niemals von Rechts wegen, auch wenn ihm der gewerbemäßige Betrieb von Grundhandelsgeschäften (z. B. Ankauf von Magervieh zur Weiterveräußerung als Mastvieh) beigemischt ist. Er ist aber auch, wenn er kaufmännisch eingerichtet ist, von der Umwandlung in ein Handelsgewerbe durch Eintragung ausgeschlossen.

Auch ein mit dem Betriebe von Land- oder Forstwirtschaft verbundenes *Nebengewerbe* ist niemals von selbst ein Handelsgewerbe, mögen auch in ihm gewerbsmäßige Grundhandelsgeschäfte geschlossen werden (anders nach altem HGB). So, wenn eine Brennerei, Ziegelei, Sägemühle auf den Zukauf von Kartoffeln, Lehm, Holz angelegt ist, oder wenn ein Landwirt Lohnmüllerei im großen betreibt. Der Land- oder Forstwirt ist aber auch niemals verpflichtet, für ein Nebengewerbe die Kaufmannseigenschaft zu erwerben. Er ist jedoch, falls das Nebengewerbe nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, zum Erwerbe der Kaufmannseigenschaft in Ansehung des Nebengewerbes durch Firmeneintragung berechtigt. In diesem Falle hat er also die freie Wahl, Kaufmann zu werden oder nicht. Hat er aber einmal die Eintragung bewirkt, so bleibt der Betrieb bis zur Einstellung für ihn und für jeden Rechtsnachfolger ein Handelsgewerbe.

Die *Wirkung der Firmeneintragung* besteht in den Fällen der §§ 2 und 3 nicht bloß, wie in den Fällen des § 1, in der Feststellung, sondern in der Begründung der Kaufmannseigenschaft. Diese Wirkung tritt aber an sich nicht ein, wenn die Eintragung ungehörig erfolgt ist, weil es an ihren materiellen Voraussetzungen gebricht. Soweit jedoch der Mangel in der Beschaffenheit des unter der Firma betriebenen Gewerbes liegt, ist der Eintragung bis zur Löschung eine noch über den öffentlichen Glauben des Grundbuches hinausgehende formale Rechtskraft beigelegt (§ 5). Denn gegenüber dem, der sich auf die Eintragung beruft, ist der Einwand, daß das Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, unbedingt und selbst dann, wenn er den gegenteiligen Sachverhalt kennt, unzulässig. Der eingetragene Nichtkaufmann kann also jedem Dritten gegenüber Kaufmannseigenschaft geltend machen und muß sich von jedem Dritten als Kaufmann behandeln lassen. Für das öffentliche Recht, für den Strafrichter, für die Registerbehörde besteht diese formale Rechtskraft nicht; der Registerrichter kann daher die ungehörige Eintragung nachträglich löschen. Auch erstreckt sich die formale Rechtskraft nicht auf sonstige Mängel in den Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft. So bleibt der Einwand zulässig, die Eintragung sei ohne die erforderliche Genehmigung des gesetzlichen Vertreters oder aus Irrtum herbeigeführt, oder es handle sich überhaupt um kein „Gewerbe", oder der Geschäftsbetrieb sei eingestellt.

§ 15. Personeneinheiten und juristische Personen als Kaufleute.

1. *Überhaupt.* Die Kaufmannseigenschaft kann *mehreren Personen in ihrer Verbundenheit* zustehen. Dies ist der Fall, wenn ein Handelsgewerbe von mehreren Personen in einer Gemeinschaft zur gesamten Hand betrieben wird. Sie haben dann nicht nur eine jede für sich, sondern zugleich in ihrer Personeneinheit die Rechte und Pflichten von Kaufleuten. Somit kann namentlich Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und nicht rechtsfähigen Vereinen Kaufmannseigenschaft zuzuschreiben sein. Dabei gelten die allgemeinen Regeln. Eine Ausnahme besteht für Bergwerksgesellschaften ohne juristische Persönlichkeit (insbesondere Gewerkschaften alten Rechts), indem sie auch dann, wenn ihr Betrieb die Voraussetzungen des § 2 erfüllt, nicht als Kaufleute eingetragen werden (EG. Art. 5)

Die Kaufmannseigenschaft kann ferner einer *juristischen Person* zukommen. Sie wird, wenn eine juristische Person ein Handelsgewerbe betreibt, nach den allgemeinen Regeln entweder schon durch den Geschäftsbetrieb oder erst durch Firmeneintragung begründet.

Dies gilt für Verbandspersonen jeder Art, für rechtsfähige Vereine und öffentliche Körperschaften, für private Stiftungen und öffentliche Anstalten.

2. *Handelsgesellschaften.* Handelsgesellschaften sind *stets* Kaufleute (§ 6 Abs. 1). Und sie sind *ganz* Kaufleute, indem ihre Einheit in der Kaufmannseigenschaft aufgeht und für einen nichtkaufmännischen Lebensbereich keinen Raum läßt.

Die *Handelsgesellschaften mit bloßer Personeneinheit* sind Kaufleute auf Grund des für sie begrifflich notwendigen Betriebes eines Handelsgewerbes, das seinerseits nach Maßgabe der allgemeinen Regeln (§ 1 u. 2) entweder durch bloßen Geschäftsbetrieb oder erst durch Firmeneintragung begründet wird. So verhält es sich bei der offenen Handelsgesellschaft und bei der Kommanditgesellschaft.

Die *Handelsgesellschaften mit juristischer Persönlichkeit* sind Kaufleute auf Grund ihrer handelsrechtlichen Organisationsform. Es sind dies die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, bei der zugleich die persönlich haftenden Gesellschafter als Einzelne Kaufleute sind, und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Hier setzt die Kaufmannseigenschaft einen Handelsgewerbebetrieb, ja überhaupt einen Gewerbebetrieb nicht voraus. Die Gesellschaft ist Kaufmann, selbst wenn sie nur gemeinnützige Zwecke verfolgt (z. B. Herstellung von Arbeiterwohnungen, Kirchenbau, Volksküche) oder rein ideellen Interessen ihrer Mitglieder dient (z. B. Lesehalle, Studentenheim, Kasino).

Auch *eingetragene Genossenschaften* gelten, obschon sie Handelsgesellschaften im technischen Sinne nicht sind, als Kaufleute im Sinne des HGB., soweit das Genossenschaftsgesetz nichts Abweichendes bestimmt (GenossG. § 17 Abs. 2).

Dagegen sind *Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit* keine Kaufleute. Die Bestimmungen des HGB. über den Kaufmannsbegriff (§ 1—7) finden auf sie keine Anwendung. Doch sind sie den Kaufleuten grundsätzlich gleichgestellt (Quasi-Kaufleute). Denn die übrigen Vorschriften des ersten und dritten Buchs des HGB. für Kaufleute finden auf sie entsprechende Anwendung, soweit in dem Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen nicht ein anderes bestimmt ist (RG. v. 12. Mai 1901 § 16).

3. *Juristische Personen des öffentlichen Rechts.* Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind Kaufleute, wenn und soweit sie ein Handelsgewerbe betreiben. Sie sind von selbst Kaufleute, falls sie gewerbsmäßig Grundhandelsgeschäfte abschließen. So die öffentlichen Banken (vgl. altes HGB. Art. 5 Abs. 2). Auch die Reichsbank ist Kaufmann, obschon sie vom Eintragungszwange befreit ist (Reichsbank-G. § 66). Sie sind, wenn ihr Gewerbebetrieb unter § 2 des HGB. fällt, verpflichtet, wenn er unter § 3 Abs. 2 fällt, berechtigt, die Kaufmannseigenschaft durch Firmeneintragung zu erwerben. Nur das Reich, die deutschen Einzelstaaten und die inländischen Kommunalverbände sind, weil sie keinem Eintragungszwange unterliegen (§ 36), in Ansehung eines von ihnen betriebenen Unternehmens, das sie nicht von selbst zu Kaufleuten macht, niemals verpflichtet, sondern nur berechtigt, sich dem Kaufmannsrecht zu unterstellen. So z. B. der Staat als Bergbautreibender.

Sehr bestritten aber ist die Frage, *wann* ein vom Staat oder von einer andern öffentlichen Verbandsperson im Nebenberuf betriebenes Gewerbe als Handelsgewerbe anzusehen ist. Der geschichtlichen Entwicklung gemäß (in Anknüpfung an die alte Unterscheidung von negotiatio politica und lucrativa) ist anzunehmen, daß ein Handelsgewerbe nicht vorliegt, sobald das Unternehmen in erster Linie auf den gemeinen Nutzen und nur nebenbei auf Erwerb abzielt und deshalb durch das öffentliche Recht grundsätzlich abweichend von einem Privatunternehmen ausgestaltet ist. Darum war die vielerörterte Streitfrage, ob das Reich in Ansehung der Reichspost Kaufmann sei, verneinend zu entscheiden, wie dies jetzt durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung geschehen ist (HGB. § 452). Dagegen ist der Staat als Eisenbahnunternehmer Kaufmann. Desgleichen der preußische Staat in Ansehung der Seehandlung und der Porzellanmanufaktur. Bei kommunalen Sparkassen, Gasanstalten, Wasserleitungen usw. läßt sich eine generelle Entscheidung nicht geben.

§ 16. Vollkaufleute und Minderkaufleute. Die Kaufleute im Sinne des HGB. sind eine buntgemischte Gesellschaft. Das ganze Handelsrecht paßt nicht für alle. Darum werden zahlreiche Kaufleute, ja, tatsächlich die große Mehrheit von den auf größere Betriebe berechneten

Vorschriften des HGB. ausgenommen. Man stellt sie den *Vollkaufleuten* als *Minderkaufleute* gegenüber (§ 4).

Für *Minderkaufleute* kommen die besonderen Rechtsinstitute des Handelspersonenrechts, die Eintragung in das Handelsregister, das Firmenrecht, das Recht der Handelsbücher und die Prokura, in Wegfall. Ferner kann durch Vereinigung zu dem Gewerbebetriebe eines Minderkaufmanns eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft nicht begründet werden. Endlich finden einige Verschärfungen des Obligationenrechts (Wegfall des Erfordernisses der Schriftform bei abstrakten Versprechen und Bürgschaften, der Einrede der Vorausklage für den Bürgen und des richterlichen Ermäßigungsrechts bei der Vertragsstrafe) auf Minderkaufleute keine Anwendung (§ 351).

Minderkaufleute sind zunächst alle *Handwerker*. Sie sind es ohne Rücksicht auf den Umfang des Handwerksbetriebes. Minderkaufleute sind außerdem alle Personen, *deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinaus geht*. Die Landesregierungen können den Kreis der Kleingewerbetreibenden nach der Gewerbesteuer und eventuell nach anderen Merkmalen fest abgrenzen (aber nicht, wie nach altem HGB. Art. 10 Abs. 3 die Landesgesetze, erweitern oder verengern). Dazu gehören Kleinhändler (nach altem HGB. Art. 10 Abs. 1 Höker, Trödler, Hausierer und dergleichen Handelsleute von geringerem Gewerbebetriebe), kleine Gastwirte (nach altem HGB. überhaupt alle Wirte, während jetzt der größere Hotelwirt Vollkaufmann ist), gewöhnliche Fuhrleute und Schiffer, aber auch kleine Agenten und Mäkler, kleine Verleger usw. Auch Personeneinheiten und juristische Personen können Minderkaufleute sein, nicht aber Handelsgesellschaften (vgl. einerseits § 4 Abs. 2, anderseits § 6 Abs. 2).

Ist ein Minderkaufmann ungehörigerweise in das Handelsregister *eingetragen*, so wird er dadurch nicht zum Vollkaufmann. Die Eintragung hat aber insoweit formale Rechtskraft für und wider den Eingetragenen, daß gegenüber der Berufung auf die Eintragung der Einwand, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe ein minderkaufmännisches sei, ausgeschlossen ist (§ 5).

§ 17. Frauen als Kaufleute. Während das ältere Handelsrecht besondere Rechtssätze für die „*Handelsfrau*" aufstellte, enthält das neue HGB. keine Vorschriften über weibliche Kaufleute.

Demgemäß begründet der Geschlechtsunterschied keinen Unterschied in Ansehung *des Erwerbes und Verlustes der Kaufmannseigenschaft*. Ältere Vorschriften, nach denen nur die persönlich der Handlung vorstehende Frau Handelsfrau war (revid. lüb. R. III 6 Art. 21, Hamb. Stadtr. II 8 Art. 1, Preuß. LR. II 8 §§ 491 ff.) und auch die Stellung als Gesellschafterin nicht genügte (Preuß. L.R. II 8 § 495), waren schon durch das alte HGB. Art. 6 aufgehoben. Das neue HGB. aber hat auch den im alten HGB. Art. 7 (ebenso im Code de comm. Art. 4) ausgesprochenen deutschrechtlichen Satz beseitigt, der für die verheiratete Frau sowohl den Eintritt wie den Fortbestand der Kaufmannseigenschaft von der Einwilligung des Ehemanns abhängig machte. Auch wenn aus eherechtlichen Gründen die Frau der Einwilligung des Mannes bedarf, um ein Handelsgewerbe zu betreiben (BGB. § 1354), richtet sich ihre Kaufmannseigenschaft lediglich nach den allgemeinen handelsrechtlichen Vorschriften.

Anderseits verleiht das Handelsrecht der Handelsfrau als solcher keine *besondere Rechtsstellung* mehr. Der schon seit dem Mittelalter geltende Satz, nach dem jede Handelsfrau für den Handelsbetrieb gewissermaßen ihr Geschlecht ablegt und daher die weiblichen Rechtswohltaten einbüßt und selbständig vor Gericht auftreten kann (HGB. Art. 6 Abs. 2 u. Art. 9), ist gegenstandlos geworden. Die weitere Regel aber, nach der die verheiratete Handelsfrau in Ansehung der Verpflichtung aus Handelsgeschäften und der Haftung für Handelsschulden der unverheirateten Handelsfrau gleichstand (HGB. Art. 8), ist beseitigt. Vielmehr kommen lediglich die Vorschriften des BGB. zur Anwendung, nach denen jede Ehefrau vollkommen geschäftsfähig, jedoch bei gesetzlichem Güterstande in der Verfügung über ihr Eingebrachtes beschränkt und bei Gütergemeinschaft von der Verfügung über das Gesamtgut ausgeschlossen ist und die Rechte des Mannes am Eingebrachten oder am Gesamtgut dem Zugriff der Gläubiger

der Frau entgegenstehen. Hiernach kommt der Einwilligung des Mannes zu dem selbständigen Handelsbetriebe der Frau, sowie seinem Einspruch gegen den Betrieb oder dem Widerrufe der Einwilligung je nach dem ehelichen Güterstande und je nach der Zugehörigkeit des Geschäftsvermögens zu der einen oder anderen Gütermasse eine sehr ungleichartige vermögensrechtliche Bedeutung zu (vgl. bes. BGB §§ 1405, 1435, 1452, 1462, 1533, 1549). Eine handelsrechtliche Besonderheit besteht nur darin, daß die Wirkung der Eintragung in das Güterrechtsregister, falls der Wohnsitz des Mannes und der Sitz der Handelsniederlassung in verschiedenen Registerbezirken liegen, in Ansehung des Handelsgewerbes der Frau nur eintritt, wenn die Eintragung auch in das Güterrechtsregister des Bezirks der Handelsniederlassung erfolgt ist (EG. Art. 4).

Die Ehefrau des Kaufmanns ist nicht Handelsfrau, mag sie auch als Gehilfin im Geschäfte des Mannes tätig sein. Die nach manchen Partikularrechten durch solche Mithilfe begründete Mithaftung für Handelsschulden („Sitzen zu offenem Kram und Laden begründet die allgemeine Gütergemeinschaft") ist durch das BGB. beseitigt. Vielmehr richtet sich die Haftung der Frau für die Handelsschulden des Mannes stets nach den allgemeinen Regeln. Doch ist die Wirkung einer Eintragung in das Güterrechtsregister auch hier in Ansehung des Handelsgewerbes davon abhängig, daß die Eintragung in das Güterrechtsregister des Bezirks der Handelsniederlassung erfolgt ist (EG. Art. 4).

§ 18. Minderjährige als Kaufleute. Der Erwerb und Verlust der Kaufmannseigenschaft durch eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person richtet sich lediglich nach bürgerlichem Recht (vgl. BGB. §§ 1643, 1645, 1822, 1823, 1827). Gleiches gilt von der rechtlichen Stellung eines derartigen Kaufmanns. Der früher bisweilen für den Bereich des Handelsgewerbes angeordnete Wegfall der privilegia minorum (bayr. EG. zum alten HGB. Art. 7, württ. Art. 7, meckl. Art. 7, hess. Art. 22) wurde mit deren allgemeiner Beseitigung bedeutungslos. Die Voraussetzungen und Wirkungen der Ermächtigung eines Minderjährigen zum selbständigen Handelsbetriebe, die früher zum Teil durch Handelsrecht im Sinne des Satzes „Handel macht mündig" besonders geregelt waren (Code de comm. Art. 2, bayr. EG. Art. 7, bad. Art. 2, hess. Art. 24), richten sich nach BGB. § 112.

Literatur zu § 12—18: Ältere zu § 11. — K. Lehmann § 15—20. Garcis § 11—12. Cosack § 7—8, 11—13. — F. Richter, Die Voraussetzungen des Kaufmannsbegriffs, 1895. Schirrmeister, Der Kaufmannsbegriff, Z. f. HR. XLVIII 29 ff. — Seligmann, Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten, 1896. Pappenheim, Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten (in Festg. f. Hänel), 1907. — Lastig, Der Gewerbtreibenden Eintragungspflicht usw. (in Festg. f. Fittig), 1903.— Sachau, Der nicht rechtsfähige Verein als Unternehmer eines Handelsgewerbes, Z. f. HR. LVI 444 ff. — Grotefendt, Vollkaufmann und Minderkaufmann, 1899. Weiß, Über den Begriff des Minderkaufmanns, 1905. — Zschimmer, Einfluß des gesetzlichen Güterstandes auf Handelsgewerbe der Ehefrau, Z. f. HR LII 485 ff. Schefold, Das selbständige Erwerbsgeschäft der Ehefrau, Arch. f. z. Pr XCI 142 ff. — M. Wolff, Über einige Grundbegriffe des Handelsrechts (in Festg. f. Gierke II 115 ff.), 1910.

Zweites Kapitel.

Das Sonderrecht der Kaufleute.

§ 19. Das Recht zum Handelsbetriebe. Das Recht zum Handelsbetriebe war einstmals Ausfluß der Gilde- oder Zunftmitgliedschaft, später auch staatlicher Konzession; es war häufig durch Staats- oder Gemeindeangehörigkeit oder durch Eintragung in eine Matrikel bedingt; auch war es in gewissem Umfange Adligen und Juden versagt. Seit Durchführung der Gewerbefreiheit ist es Ausfluß des allgemeinen Rechtes der Persönlichkeit.

Doch bestehen öffentlichrechtliche Beschränkungen für bestimmte Arten von Handelsgewerbebetrieben auf Grund der Gewerbeordnung und für Militärpersonen, Beamte und Geistliche nach Reichs- und Landesgesetzen. Sie sind privatrechtlich bedeutungslos (HGB. § 7, altes HGB. Art. 11 u. 276).

Privatrechtliche Beschränkungen der Handelsfreiheit können vertragsmäßig hergestellt werden, begründen aber keinerlei Unfähigkeit, sondern immer nur Obligationen auf Unterlassung und Schadensersatz.

Nach gesetzlicher Regel sind Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge, Handelsgesellschafter und Vorsteher von Aktiengesellschaften kraft ihres Vertragsverhältnisses während dessen Dauer verpflichtet, sich in bestimmtem Umfange des eignen Handelsbetriebes zu enthalten (vgl. unten § 29 Z. 4, § 38 Z. 1 c, § 50 Z. 3). Diese Beschränkungen können wegbedungen werden.

Durch besonderen Vertrag (Konkurrenzklausel) kann jemand sich einem anderen verpflichten, sich in bestimmtem Umfange des Wettbewerbes zu enthalten. Ein solcher Vertrag ist an sich gültig und kann Auswüchse des freien Wettbewerbes wohltätig beschneiden oder ein illoyales Verhalten (z. B. des ausgeschiedenen Gesellschafters, des Geschäftsvorgängers, des ehemaligen Angestellten) verhindern. Er ist aber nichtig, wenn er gegen die guten Sitten verstößt, weil er die wirtschaftliche Freiheit vernichtet oder übermäßig einschränkt oder wucherische Ausbeutung enthält. Die Praxis verlangt namentlich eine gehörige sachliche, zeitliche oder örtliche Beschränkung des Konkurrenzverbots.

Engere Grenzen zieht das HGB., §§ 74, 75, in unabänderlicher Weise der Wirksamkeit von Vereinbarungen, durch die Handlungsgehilfen oder Handlungslehrlinge für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses dem Prinzipal gegenüber in ihrer gewerblichen Tätigkeit beschränkt werden. Das Versprechen ist hier schon wegen bloßer Unbilligkeit insoweit unverbindlich, als die Beschränkungen nach Zeit, Ort und Gegenstand die Grenzen überschreiten, durch die eine unbillige Erschwerung des Fortkommens ausgeschlossen wird. Der Richter kann die Beschränkung auf das rechte Maß zurückführen. Immer gilt die Beschränkung höchstens für drei Jahre nach Beendigung des Dienstverhältnisses. Das von einem Minderjährigen abgegebene Versprechen ist überhaupt nichtig. Der Prinzipal kann Rechte aus dem Vertrage nicht herleiten, wenn er dem Gehilfen gerechten Grund zur Auflösung des Dienstverhältnisses gibt oder seinerseits ohne erheblichen Anlaß oder aus einem selbstverschuldeten Anlaß kündigt. Doch kann er im letzteren Falle die Klausel dadurch in Kraft halten, daß er den Gehalt fortzahlt. Ist eine Vertragsstrafe bedungen, so kann der Gehilfe sich stets durch deren Erlegung von der Vertragserfüllung und jeder weiteren Ersatzleistung befreien (abweichend von BGB. §§ 340, 341). Das richterliche Ermäßigungsrecht bei zu hoher Vertragsstrafe (BGB. § 343) bleibt unberührt. — Diese zum Schutze gegen Mißbrauch der sozialen Übermacht des Dienstherrn getroffenen Bestimmungen sind in ihrem Kern durch die GewO. § 133 f auf höhere gewerbliche Angestellte ausgedehnt worden.

Vertragsmäßige Beschränkungen hinsichtlich des Betriebes und Absatzes werden ferner durch die als Kartelle bezeichneten Vereinbarungen von Gewerbtreibenden gleicher Gattung begründet. Verträge und Vereinssatzungen dieser Art sind gültig, soweit sie einen erlaubten Zweck (Hinderung der Überproduktion und der Warenverschleuderung infolge schrankenloser Konkurrenz und des dadurch drohenden Niederganges des Gewerbes) mit erlaubten Mitteln (den sinngemäßen Einschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit) verfolgen. Sie sind dagegen nichtig, wenn sie einem unsittlichen Zwecke (z. B. der Erzielung eines übermäßigen Gewinnes durch einen sog. „Ring") dienen oder unsittliche Mittel (z. B. ungehörigen Zwang, Verrufserklärungen, völlige Unterdrückung der Freiheit des einzelnen) anwenden.

§ 20. Das kaufmännische Geschäft. Unter dem „Geschäft" oder „Handelsgeschäft" eines Kaufmannes („fonds de commerce") versteht man den Inbegriff der seinem Handelsgewerbe angehörigen Verhältnisse. Die äußere Einrichtung, in der das Geschäft sichtbar wird, heißt auch „Handelsniederlassung" (Etablissement, Handlungshaus, „maison de commerce").

Die Begründung eines Geschäfts erfolgt durch einen tatsächlichen Akt, der als „Eröffnung" bezeichnet wird, weil er in der Regel mit der Öffnung eines Geschäftslokals (Kontors, Ladens, Werkstätte) verbunden ist. Doch kann ein Lokal auch fehlen (z. B. beim Hausiergeschäft). Üblich sind außerdem Kundmachungen an das Publikum (Inserate, Zirkulare, Anschläge usw.). Die Geschäftseröffnung kann mit dem Erwerbe der Kaufmannseigenschaft

zusammenfallen; man kann sich durch sie als Kaufmann „etablieren". Doch kann auch jemand, der schon Kaufmann ist, ein neues Geschäft gründen und jemand durch Erwerb eines bestehenden Geschäfts oder Eintritt in ein solches Kaufmann werden.

Beendigt wird das Geschäft durch Auflösung (Liquidation) und Schließung des Geschäftslokals. Die Schließung des Geschäfts kann mit der Beendigung der Kaufmannseigenschaft zusammenfallen. Der Inhaber kann aber auch auf Grund eines anderen Geschäftes Kaufmann bleiben. Und ein Kaufmann kann sich, indem er das Geschäft veräußert, vom Geschäft zurückziehen, während das Geschäft fortbesteht.

Zu den *Bestandteilen* des Geschäftes gehören Aktiva und Passiva. *Aktivbestandteile* sind körperliche und unkörperliche Gegenstände. Einmal die im Eigentum des Kaufmanns stehenden, dem Handelsgewerbe dienenden Sachen, Grundstücke wie bewegliche Sachen (Inventar, Waren, Wertpapiere und Geld). Sodann die für den Handelsbetrieb begründeten Rechte, Forderungsrechte (ausstehende Geld- und Warenforderungen, aber auch Forderungen aus Miets- und Pacht-, Dienst- und Werkverträgen, aus Konkurrenzausschlußverträgen usw.), dingliche Rechte und Persönlichkeitsrechte (z. B. Firmen-, Zeichen-, Urheber- und Patentrechte, selbst Ehrenrechte, wie z. B. Ausstellungsmedaillen). Endlich Persönlichkeitsgüter ohne Rechtsform, vermögenswerte Beziehungen, die der Inhaber oder ein Vorgänger für das Geschäft erarbeitet hat, wie Ruf und Kredit, Kundschaft, Bezugsquellen, Geschäftsverbindungen jeder Art, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse. *Passivbestandteile* sind die Geschäftsschulden, d. h. „alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten" (§ 25). Sie sind ordnungsmäßig aus den Geschäftsaktiven zu decken. Zu ihnen gehören nicht bloß Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäft oder aus Gesetz, sondern unter Umständen auch Verbindlichkeiten aus unerlaubter Handlung (z. B. aus Verletzung fremder Marken-, Patent- oder Urheberrechte).

Dem rechtlichen *Wesen* nach ist das Geschäft eine *objektive Einheit*. Es ist nicht, wie manche annehmen, ein besonderes Rechtssubjekt. Wenn der Kaufmann rechnungsmäßig das Geschäft wie ein ihm gegenüberstehendes Vermögenssubjekt behandelt, so bezweckt er damit nur eine objektive Sonderung der Vermögensmassen. Und wenn das Geschäft Dritten gegenüber als Kreditträger erscheint, so ist doch zuletzt die dahinterstehende Persönlichkeit des Kaufmanns maßgebend. Das Geschäft ist kein selbständiger Willensträger, sondern ein gegenständlicher Bereich, dessen Subjekt allein der Kaufmann ist. Allerdings entspricht dem Geschäft auf der subjektiven Seite regelmäßig ein oft sehr umfassender Personenverband, für den der Kaufmann nur das Haupt („Prinzipal") bildet. Allein dieser Verband, der auch wohl als „Geschäft" bezeichnet wird, ist streng herrschaftlich organisiert, so daß für das Recht nur der Prinzipal das Subjekt ist und die dem Geschäft eingegliederten Angestellten und Gehilfen an der Rechtssubjektivität des Geschäftes keinen Teil haben. Anderseits ist das Geschäft nicht, wie viele meinen, ein bloßer Sammelname für eine Summe von Einzelverhältnissen. Vielmehr ist es ein als einheitliches Ganzes konstituierter Inbegriff. Es ist ein in sich geschlossenes und vom übrigen Vermögen des Kaufmannes unterschiedenes Sondervermögen.

Die *Sonderung* des Geschäftsvermögens vom sonstigen Vermögen des Geschäftsinhabers ist rechtlich nur unvollkommen durchgeführt, so daß die rechtliche Bedeutung der Geschäftseinheit weit hinter ihrer wirtschaftlichen Bedeutung zurückbleibt. Allein in einer Reihe von Beziehungen ist eben auch rechtlich das Geschäft als objektive Einheit anerkannt. Beim Vollkaufmann wird die Sonderung durch die kaufmännische Firma, die der Geschäftsinhaber in dieser Eigenschaft als besonderen Namen führt, und durch die Handelsbücher, die den jeweiligen Bestand des Geschäfts angeben müssen, äußerlich gesichert. Das Geschäft begründet durch seine Anknüpfung an einen örtlichen Mittelpunkt einen besonderen „Sitz der Handelsniederlassung", der, wenn er vom Wohnsitz des Geschäftsinhabers verschieden ist, für den Gerichtsstand (ZPO. § 2, KonkO. §§ 71, 238), für die Eintragungen in das Handelsregister (HGB. § 29) und in das Güterrechtsregister (oben § 17) und für den Erfüllungsort bei Verträgen (BGB. § 269 Abs. 2) Bedeutung hat. Der Bestand von Rechtsverhältnissen kann an den Bestand des Geschäftes geknüpft sein. Das Geschäft im ganzen kann übertragen werden (unten § 21). Dagegen ist den Gläubigern gegenüber eine Sonderung des Geschäftsvermögens vom Privatvermögen des Kaufmanns, wie sie zeitweilig das Handelsgewohnheitsrecht an-

strebte, nicht durchgedrungen. Die Privatgläubiger haben in das Geschäftsvermögen und die Geschäftsgläubiger in das Privatvermögen beliebigen Zugriff; die Aufrechnung zwischen Geschäfts- und Privatobligationen ist unbeschränkt; eine Sonderung im Konkurse findet nicht statt.

Eine starke Steigerung erfährt die rechtliche Geschlossenheit des Geschäftes beim Handelsgesellschaftsgeschäft. Davon ist später zu reden.

Ein Kaufmann kann das Subjekt mehrerer Geschäftsbetriebe sein. Handelt es sich dabei nur um verschiedene Betriebsstellen (z. B. Fabrik und Magazin, Werkstätte und Laden, Zahlungsstellen, Eisenbahnstationen, Reichsbanknebenstellen), so liegt nur ein Geschäft mit besonderen Bestandteilen vor. Handelt es sich umgekehrt um mehrere getrennte Geschäfte (z. B. ein Hotel und ein Bankiergeschäft), so sind sie voneinander in gleichem Maße (nicht, wie vielfach nach älterem Recht, in stärkerem Maße) gesondert, wie vom Privatvermögen des Inhabers. Dazwischen aber ist ein Verhältnis möglich, bei dem sich Einheit des Geschäfts und Mehrheit von Geschäften kombinieren.

Dies ist das Verhältnis von Hauptgeschäft und Zweiggeschäft (Zweigniederlassung, Tochtergeschäft, Filiale, Kommandite). Sie bilden zusammen ein von einheitlichem Mittelpunkt aus geleitetes Ganzes. Das Zweiggeschäft aber ist zugleich ein Ganzes für sich, das losgelöst vom Hauptgeschäft bestehen könnte. Erforderlich hierfür ist, daß die Zweigniederlassung ein relativ selbständiges Handelsgewerbe mit besonderem Geschäftsbetriebe bildet. Das HGB. fordert aber überdies zum rechtlichen Begriff der Zweigniederlassung, daß sie sich an einem anderen Orte oder in einer anderen Gemeinde als die Hauptniederlassung befindet. Subdirektionen oder Generalagenturen von Versicherungsgesellschaften können Zweigniederlassungen sein. Nach positiver Vorschrift sind es die Reichsbankhauptstellen und Reichsbankstellen. Die Zweigniederlassung ist Zubehör des Hauptgeschäfts. Daher erstreckt sich im Zweifel eine Verfügung über das Hauptgeschäft auf die Zweigniederlassung. Auch darf ihre Eintragung erst nach Eintragung der Hauptniederlassung und jede Eintragung bei ihr erst nach der entsprechenden Eintragung bei der Hauptniederlassung erfolgen. Zugleich aber ist die Zweigniederlassung ein besonderes Geschäft. Darum ist sie besonders einzutragen. Sie hat ihren eignen Sitz. Für sie kann und muß unter Umständen eine besondere Firma geführt werden. Auch ist die Erteilung einer besonderen Prokura für sie möglich.

Literatur: v. Völderndorff in Endemanns Handb. I 181 ff. Behrend I 202 ff. Cosack § 14. K. Lehmann § 24. Gareis § 15. Graoe, Das kaufmännische Geschäft, 1905. v. Ohmeyer, Das Unternehmen als Rechtsobjekt, 1906. Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, 1907. Müller-Erzbach, Die Erhaltung des Unternehmens, Z. f. HR. LXI 351 ff. — Agricola, Die Zweigniederlassung, in Siebenhaars Arch. XII 279 ff. Brendel, Die rechtliche Natur der Zweigniederlassung, in Gruchots Beitr. XXXIII 213 ff. W. Schulze, Die Zweigniederlassung, im Sächs. Arch. f. d. R. VII 265 ff., 359 ff. O. Denzler, Die Stellung der Filiale im internen und internationalen Privatrechte, Zürich 1902.

§ 21. Wechsel des Geschäftsinhabers. Das Geschäft kann unter Lebenden und von Todes wegen auf ein anderes Subjekt als „Geschäftsnachfolger" übertragen werden. Hierbei vor allem macht sich die objektive Einheit des Geschäftes geltend.

1. Veräußerung. Geschäfte werden veräußert. Sie werden verkauft, vertauscht oder verschenkt, bei der Erbauseinandersetzung von einem Miterben oder bei der Auflösung einer Gesellschaft von einem Gesellschafter übernommen. Auch kann an einem Geschäft ein Nießbrauch bestellt und es kann ein Geschäft verpachtet werden, wobei gleichfalls ein Wechsel des Prinzipals eintreten kann und insoweit ähnliche Grundsätze wie bei der Veräußerung gelten.

Der schuldrechtliche Vertrag kann sich auf die Veräußerung des Geschäftes als eines Ganzen richten. Soll die Firma fortgeführt werden, so muß er diesen Inhalt haben, da die Firma nur mit dem Geschäft im ganzen übertragen werden kann. Ist Veräußerung im ganzen gewollt, so erstreckt sie sich im Zweifel auf alle Geschäftsbestandteile, daher, obschon darüber viel Streit herrscht, auch auf die Aktiva und Passiva. Nur die Firma muß ausdrücklich einbegriffen werden. Es ist aber auch möglich, das Geschäft im ganzen mit Vorbehalt einzelner Bestandteile, folglich auch mit Ausschließung aller oder gewisser Forderungen und Schulden zu veräußern. Somit kann die Übernahme der Geschäftsschulden auch dann

ausgeschlossen werden, wenn die Firma fortgeführt werden soll (RGer. XXV Nr. 1). Umgekehrt kann der Geschäftsinhaber einzelne Bestandteile mit Ausnahme der Firma, z. B. sogar das Geschäftslokal mit der Kundschaft, veräußern und doch das Geschäft als solches behalten.

Die Übertragung selbst kann, da eine Gesamtrechtsnachfolge durch Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht bewirkt werden kann, nur im Wege der Übertragung der einzelnen Geschäftsbestandteile stattfinden. Grundstücke müssen durch Auflassung und Eintragung, bewegliche Sachen durch Übergabe, oder was gleichsteht, übereignet werden. Rechte muß der Veräußerer formgerecht abtreten. Bei Forderungen und anderen Rechten, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, reicht eine Generalabtretung aus. Dabei gelten jedoch zugunsten des Schuldners, bis er Kenntnis erlangt, die Schutzvorschriften der §§ 406—408 BGB. Sobald aber der Erwerber mit Einwilligung des früheren Inhabers oder seiner Erben die alte Firma fortführt, gilt in Ansehung der Geschäftsforderungen eine handelsrechtliche Besonderheit (§ 25 Abs. 1 S. 2). Dann tritt den Schuldnern gegenüber der Forderungsübergang auch ohne Abtretung von Rechts wegen ein. Die Firmenübertragung wirkt also zugunsten des Schuldners wie eine Anzeige nach § 409 BGB., ersetzt aber auch zu ungunsten des Schuldners die Anzeige. Eine abweichende Vereinbarung, durch die der Übergang aller oder gewisser Forderungen ausgeschlossen ist, wirkt einem Dritten gegenüber nur, wenn sie in das Handelsregister eingetragen oder vom Veräußerer oder Erwerber dem Dritten mitgeteilt worden ist (§ 25 Abs. 2). Die mitveräußerten Persönlichkeitsgüter endlich, die der Rechtsform entbehren, muß der Veräußerer durch geeignete Handlungen überleiten, also z. B. dem Nachfolger über Kundschaft und Bezugsquellen Auskunft erteilen, ihn den Kunden und Geschäftsfreunden empfehlen und sich selbst einer den Übergang vereitelnden Konkurrenz enthalten, ihn und niemanden sonst in Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse einweihen usw.

Was die Geschäftsschulden betrifft, so ist jedenfalls dann, wenn das Geschäftsvermögen sich mit dem Gesamtvermögen des Veräußerers deckt, § 419 BGB. anwendbar, so daß mit dem Übernahmevertrage eine den Gläubigern gegenüber unabdingbare kumulative Schuldnachfolge eintritt, kraft deren der Geschäftsnachfolger mit dem übernommenen Vermögen haftet (RGer. LXIX 250ff., LXXI 377ff.). Der richtigen Ansicht nach aber trifft, da § 419 BGB. auf Sondervermögen entsprechend anwendbar ist, bei jeder Übernahme eines Geschäftes im ganzen eine derartige Haftung mit dem Geschäftsvermögen mit Rechtsnotwendigkeit den Übernehmer. Darüber hinaus kann eine persönliche Haftung des Geschäftsnachfolgers durch Schuldübernahme nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts begründet werden, tritt aber in zwei Fällen kraft handelsrechtlicher Sondervorschriften unabhängig von erfolgter Schuldübernahme ein (§ 25). Erstens haftet der Geschäftsnachfolger stets persönlich für alle Geschäftsschulden, wenn er — befugt oder unbefugt — die bisherige Firma fortführt; jede abweichende Vereinbarung wird den Gläubigern gegenüber nur durch Registereintrag oder besondere Mitteilung wirksam. Zweitens lädt er die gleiche Haftung auf sich, wenn er in handelsüblicher Weise bekannt macht, daß er die Geschäftsschulden übernommen habe. In beiden Fällen haftet natürlich neben ihm der frühere Geschäftsinhaber den Gläubigern, bis sie ihn befreien. Doch verjähren die Ansprüche gegen ihn spätestens in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt, wenn der Erwerber aus Firmenfortführung haftet, mit dem Ablauf des Tages der Eintragung des Geschäftsüberganges in das Handelsregister, wenn der Erwerber aus Kundmachung haftet, mit dem Ablauf des Tages der Kundmachung, in beiden Fällen aber bei späterer Fälligkeit der Forderung erst mit dem Tage der Fälligkeit (§ 26).

2. Umwandlung eines Einzelgeschäfts in ein Gesellschaftsgeschäft. Tritt jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein, so liegt darin eine Veräußerung des Geschäfts im ganzen an die neue offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft. Es gilt aber die Besonderheit, daß stets und ohne Rücksicht auf Fortführung der Firma der Übergang der Forderungen auf die Gesellschaft und ihre Haftung für die Geschäftsschulden von Rechts wegen eintritt und stets jede abweichende Vereinbarung nur durch Registereintrag oder besondere Mitteilung Dritten gegenüber wirksam wird (§ 28).

3. Vererbung. Das Geschäft geht mit der Firma auf die Erben über. Es tritt die erbrechtliche Gesamtnachfolge ein. Hinsichtlich der Schuldenhaftung aber gelten, falls die

Erben das Geschäft fortführen, dieselben handelsrechtlichen Grundsätze wie bei der Veräußerung des Geschäfts unter Lebenden. Insoweit die Erben hiernach für Geschäftsschulden haften, können sie sich auf die beschränkte Erbenhaftung nicht berufen. Doch können sie die unbeschränkte Haftung aus Fortführung der Firma binnen drei Monaten nach Erlangung der Kenntnis vom Erbschaftsanfalle durch Einstellung des Geschäftsbetriebes wieder abstreifen (§ 27).

Literatur: Behrend, Zeitschr. f. Gesetzg. u. Rechtspflege IV 429 ff. Regelsberger, Z. f. HR. XIV 1 ff. Simon, ebenda XXIV 91 ff. Mommsen, Busch' Arch. XXXII 201 ff. Ladenburg, Busch' Arch. XXXIV 25 ff., XL 49 ff., Z. f. HR. XXX 90 ff. Adler, Arch. f. bürg. R. III 1 ff. Bolte, Der Paragraph 27 des neuen HGB., Z. f. HR. LI 413 ff. M. Jacusiel, Nutzungsrechte am Handelsgeschäft, 1906. K. Lehmann § 25. Gierke, Schuldnachfolge u. Haftung (in Festschr. f. v. Martitz), 1911, S. 72 ff.

§ 22. Handelsregister. Der Handel strebt, soweit er nicht für die „Interna" Geheimhaltung vorzieht, nach möglichster Publizität. Anschläge am Geschäftslokal oder an öffentlichen Stellen, Anzeigen in öffentlichen Blättern, Zirkulare, Schaustellungen, Ausrufungen usw. dienen als Mittel der Kundmachung. Zum regelmäßigen und rechtlich entscheidenden Mittel aber, um handelsrechtliche Tatbestände offenkundig zu machen, ist durch die neuere Gesetzgebung das aus den alten Gilderollen hervorgegangene und allmählich verstaatlichte Handelsregister erhoben. Doch ist es nur für Vollkaufleute bestimmt.

Die Führung des Handelsregisters liegt den Gerichten ob (§ 8) und bildet eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Freiw. GG. §§ 125—144). Das Handelsregister ist unbeschränkt öffentlich (§ 9). Die Eintragungen werden vollständig oder auszugsweise im deutschen Reichsanzeiger und mindestens einem anderen öffentlichen Blatte bekanntgemacht (§§ 10—11). Registergerichte sind die Amtsgerichte (im Auslande die Konsuln); die Organe des Handelsstandes sind zu ihrer Unterstützung verpflichtet (Freiw. GG. §§ 125—126). Zuständig ist das Gericht der Handelsniederlassung, in Ansehung jeder Zweigniederlassung das Gericht der Zweigniederlassung, das aber die Eintragung nicht vornehmen darf, bevor nachgewiesen ist, daß die Eintragung beim Gericht der Hauptniederlassung geschehen ist (§ 13).

Die Gegenstände der Eintragung sind gesetzlich bestimmt. Es sind die Firmen der Einzelkaufleute und gewisse auf ihre Rechtsverhältnisse bezügliche Tatsachen; die Handelsgesellschaften und alle für sie wesentlichen Tatbestände; die Prokuren; die Eröffnung und Beendigung des Konkurses (§ 32). Andere Tatsachen, die früher nach Landesrecht eingetragen wurden, sind nicht mehr eintragungsfähig. So Verhältnisse des ehelichen Güterrechts, über die jetzt nur noch das Güterrechtsregister Auskunft gibt.

Die Eintragung erfolgt nur ausnahmsweise von Amts wegen. So bei der Löschung einer Firma, wenn eine Anmeldung nicht zu erwirken ist (seit dem RG. v. 30. März 1888, jetzt nach HGB. § 31 Abs. 2 u. Freiw. GG. § 141), beim Konkurse (§ 32) und bei der Löschung einer unzulässigen oder nichtigen Eintragung (Freiw. GG. §§ 142—143). Der Regel nach bedarf es einer Anmeldung seitens der Beteiligten. Die Anmeldung ist persönlich vor Gericht zu bewirken oder in öffentlich beglaubigter Form einzureichen; dieselbe Formvorschrift gilt für die zur Aufbewahrung bei Gericht bestimmten Zeichnungen und Unterschriften und für eine Vollmacht zur Anmeldung (§ 12, dazu Freiw. G.G. §§ 128—129). Sind mehrere Beteiligte vorhanden, so ist die Anmeldung aller erforderlich; es kann aber, wenn einer angemeldet hat, die Anmeldung der übrigen durch ein Urteil des Prozeßgerichts ersetzt werden (§ 16).

Regelmäßig besteht eine Anmeldungspflicht, deren Erfüllung verwaltungsrechtlich erzwingbar ist. Das Gericht hat von Amts wegen darüber zu wachen, daß die vorgeschriebenen Anmeldungen gehörig erfolgen, und erforderlichenfalls durch Androhung und Vollstreckung von Ordnungsstrafen (die einzelne nicht über 300 Mark) die Anmeldung herbeizuführen (§ 14). Das Verfahren richtet sich nach Freiw. GG. §§ 132—139.

Die rechtliche Wirkung, die sich an die Unterlassung oder Bewirkung der Eintragung knüpft, besteht regelmäßig in einer gesetzlichen Vermutung wider oder für die Offenkundigkeit. Diese Vermutung, die das alte HGB. nur für die wichtigsten Einzelfälle aufstellte, gilt jetzt allgemein, soweit nichts anderes bestimmt ist. Danach kann eine einzutragende Tatsache, solange sie nicht eingetragen und bekanntgemacht ist, einem Dritten nur entgegengesetzt werden, wenn ihm nachgewiesen wird, daß er sie kannte. Ist da-

gegen die Tatsache eingetragen und bekannt gemacht, so muß jeder Dritte sie gegen sich gelten lassen, wenn er nicht nachweist, daß er sie weder kannte noch kennen mußte. Man setze z. B. den Fall, daß ein wegen Untreue entlassener Prokurist noch ein Darlehn für den Kaufmann aufnimmt und mit dem Gelde verschwindet. War zur Zeit der Darlehnsaufnahme die Entziehung der Prokura noch nicht publiziert, so muß der Kaufmann das Darlehn zurückzahlen, wenn er nicht dem Darlehnsgeber nachweisen kann, daß dieser bereits um die Entlassung wußte. Grob verschuldete Unkenntnis steht hier der Kenntnis keineswegs gleich. War dagegen die Publikation bereits ordnungsmäßig vollzogen, so kann der Darlehnsgeber das Geld vom Kaufmann nur fordern, wenn er nachweist, daß er trotzdem noch nichts von der Entlassung wußte und daß seine Unkenntnis vollkommen unverschuldet war. Es genügt also nicht, daß er die Zeitung noch nicht gelesen hatte, sondern nur etwa, daß er sie noch nicht gelesen haben konnte, weil sie an seinem Wohnort noch nicht angekommen war. Im Verkehr mit einer Zweigniederlassung entscheidet die Kundmachung durch das Registergericht der Zweigniederlassung. — Die Wirkung des Publizitätsmangels zugunsten Dritter beruht auf dem Vertrauensprinzip. Sie kommt daher nach richtiger Auffassung dem Dritten nur im rechtsgeschäftlichen und prozessualen Verkehr, keineswegs schlechthin (z. B. nicht bei Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen) zugute.

Eine schwächere Wirkung kommt einzelnen Eintragungen, wie z. B. denen, die sich auf den Konkurs beziehen, zu. Sie wirken lediglich informatorisch.

Eine stärkere Wirkung begegnet bei vielen Rechtsverhältnissen. Oft hängt der Bestand eines Rechtsverhältnisses von der Eintragung ab. So in den schon besprochenen Fällen, in denen die Eintragung Kaufmannseigenschaft begründet, und vielfach im Handelsgesellschaftsrecht. Nicht selten ferner bestimmt die Eintragung den Beginn einer Verjährung. Dazu tritt die schon erwähnte formale Rechtskraft, vermöge deren der eingetragene Nichtkaufmann im Verkehr als Kaufmann und der eingetragene Minderkaufmann als Vollkaufmann gilt.

Literatur: Lastig, Florentiner Handelsregister des Mittelalters, 1883. Keyßner, Z. f. HR. XXV 449 ff. O. Rudorff, Die Vorschriften über die Führung des Handelsregisters, 1882. Späing, Handelsregister und Firmenrecht, 1882. Th. Cohn, Handels- und Genossenschaftsregister, 1892; 3. Aufl. 1901. Schultze-Görlitz, Führung des Handels- und Musterregisters, 1893. H. Lührs, Die Folgen der falschen Eintragungen in das Handelsregister, 1898. Ehrenberg, Jahrb. f. D. XLVII 273 ff. K. Lehmann § 30. Cosack § 9. Rauch, Grenzen der negativen Publizität des Handelsregisters (in Festg. f. Güterbock), 1910. Wolff, Über einige Grundbegriffe (oben zu Anm. 18) S. 138 ff. F. Altenburg, Das Publizitätsprinzip des Handelsregisters, 1911. F. Fester, Die Bedeutung des Eintrags ins Handelsregister, 1911.

§ 23. Firma. Der Vollkaufmann ist berechtigt und verpflichtet, eine Firma anzunehmen und zu führen.

1. Begriff und Geschichte. Die Firma ist der Name, unter dem ein Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt (§ 17 Abs. 1). Das Wort „Firma" kommt von „firmare", das Bekräftigen einer Urkunde durch die Hand („Handfeste") und dann durch Unterschrift bedeutet. Der Gebrauch eines besonderen kaufmännischen Namens kam im Mittelalter bei den Handelsgesellschaften auf. Noch im Preuß. LR. und im Code de comm. ist nur die Gesellschaftsfirma berücksichtigt. Mehr und mehr wurde auch ein besonderer Handelsname des Einzelkaufmanns üblich und errang gleichen Wert und Schutz. Die Firma ist Name des Kaufmanns (Personenname), nicht des Geschäfts. Geschäftsnamen (wie Gasthof zum goldnen Kreuz, Adlerapotheke, Goldene Hundertundzehn) sind keine Firmen. Die Firma ist aber ein vom bürgerlichen Namen verschiedener Name des Kaufmanns als Geschäftsinhaber. Darum kann ein Kaufmann für mehrere Geschäfte oder für Haupt- und Zweigniederlassung auch verschiedene Firmen führen.

2. Beschaffenheit. Die Firma muß ein Name für eine Person sein, kann aber als Einzelfirma auf eine Einzelperson, als Kollektivfirma auf eine Personeneinheit oder als Vereins- oder Anstaltsfirma auf eine juristische Person hinweisen. Wesentlich ist jeder Firma eine feste, schablonenhafte Form.

Die ursprüngliche Firma soll wahr sein. Der Kaufmann kann sie innerhalb des gesetzlichen Rahmens frei wählen, muß sie aber dem wirklichen Verhältnis entsprechend gestalten. Der Einzelkaufmann hat eine Einzelfirma zu führen, die seinen Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen enthalten muß und Zusätze zur näheren Bezeichnung der Person (z. B. junior) oder des Geschäfts (z. B. Schuhbazar) enthalten kann, dagegen keinen ein Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz (z. B. u. Ko., Gebrüder) und keinen sonst zur Herbeiführung einer Täuschung geeigneten Zusatz enthalten darf (§ 18). Einzelkaufmann ist auch, wer nur einen stillen Gesellschafter hat. Die Handelsgesellschaft mit Personeneinheit hat eine Kollektivfirma zu führen, in der die Namen eines oder aller persönlich haftenden Gesellschafter mit oder ohne Vornamen und keine anderen Personennamen enthalten sind, auf das Vorhandensein nicht genannter Gesellschafter aber ein Zusatz hinweist (§ 19). Die Handelsgesellschaft mit Persönlichkeit hat eine Vereinsfirma zu führen, die in der Regel vom Gegenstande des Unternehmens herzunehmen ist und einen die Vereinsart bezeichnenden Zusatz enthält („A.-G.", „K. G. a. A.", § 20; ähnlich für Gesellschaften mit beschränkter Haftung Ges. § 4, für eingetragene Genossenschaften Ges. § 3).

Das Prinzip der Firmenwahrheit gilt aber (anders als in der Schweiz) nur für die ursprüngliche Firma. Die Firma kann, sofern nur das Geschäft dasselbe geblieben ist, fortgeführt werden, obschon sie durch Namensänderung (z. B. Verheiratung der Handelsfrau, Ablegung des jüdischen Namens) oder durch den Wechsel des Geschäftsinhabers unwahr geworden ist (§ 21). Auch ist die Weiterführung älterer Firmen, die den jetzigen Vorschriften nicht entsprechen, zulässig (EG. Art. 22). Nur muß bei einem Gewerbebetriebe mit offenem Laden oder Gast- und Schankwirtschaft neben der Firma, falls sie unwahr oder unvollständig ist, der wahre Name des Geschäftsinhabers gehörig an der Außenseite oder dem Eingange des Geschäftslokals ersichtlich gemacht werden (GewO. § 15 a).

3. Übertragung. Die Firma ist für sich nicht übertragbar (§ 23). Sie geht aber mit dem Geschäft auf die Erben über und kann mit dem Geschäft im Wege ausdrücklicher Einwilligung des Inhabers oder seiner Erben in die Fortführung veräußert oder zur Benutzung (durch den Nießbraucher, Pächter usw.) überlassen werden (§ 22). Auch ist die Fortführung der bisherigen Firma zulässig, wenn jemand in das Geschäft als Gesellschafter aufgenommen wird oder wenn der Personalbestand einer Handelsgesellschaft sich verändert, jedoch für den Fall, daß der Name eines ausscheidenden Gesellschafters in der Firma enthalten ist, nur mit ausdrücklicher Einwilligung dieses Gesellschafters oder seiner Erben (§ 24). Der Geschäftsnachfolger kann der Firma einen das Nachfolgeverhältnis ausdrückenden Zusatz hinzufügen (z. B. Erben, Söhne, Nachfolger, Inhaber N. N.). Er kann aber auch die Firma in vollem Widerspruch mit der wahren Sachlage unverändert fortführen. Nur der Zusatz „Aktiengesellschaft" oder „Kommanditgesellschaft auf Aktien" ist im Falle des Überganges einer Firma auf einen derartigen Verein unerläßlich (§ 22 Abs. 1 S. 2). Man wird annehmen dürfen, daß umgekehrt dieser Zusatz gestrichen werden muß, wenn ein anders beschaffenes Subjekt die damit versehene Firma erwirbt.

4. Eintragung. Jeder Kaufmann ist verpflichtet, seine Firma und den Ort seiner Handelsniederlassung zur Eintragung anzumelden und die Firma zur Aufbewahrung zu zeichnen (§ 29). Gleiches gilt für den Fall der Veränderung der Firma oder ihres Inhabers, der Verlegung der Niederlassung und des Erlöschens der Firma (§ 31). Die Firma einer juristischen Person haben sämtliche Vorstandsmitglieder unter Beifügung der Satzung, der Urkunden über die Bestellung des Vorstandes und ihrer Zeichnungen anzumelden; gewisse wesentliche Satzungsbestimmungen und Änderungen derselben sind einzutragen (§§ 33—35). Gegen das Reich und die deutschen Einzelstaaten und Kommunalverbände findet, wie schon erwähnt ist, ein Eintragungszwang nicht statt; melden sie ein geeignetes Unternehmen an, so werden nur die Firma, der Sitz und der Gegenstand des Unternehmens eingetragen (§ 36).

5. Rechtsverhältnisse. Das Recht an der Firma ist ein eigentümlich gestaltetes Namenrecht. Als solches ist es ein Persönlichkeitsrecht, das daher ohne Einwilligung seines Subjekts nicht gepfändet oder vom Konkursverwalter veräußert werden kann. Es ist jedoch ein dem Geschäft als Bestandteil eingefügtes und mit diesem übertragbares Persönlichkeitsrecht, das

darum einen Vermögenswert hat. Das Recht an der Firma entsteht unabhängig von der Eintragung durch Annahme, wird aber durch Eintragung verstärkt.

Das Firmenrecht gewährt die Befugnis zum *Gebrauche* der Firma. Der Kaufmann bedient sich der Firma mündlich oder schriftlich (durch „Zeichnen der Firma" oder „Firmieren"), um erkennbar zu machen, daß ein Verhältnis oder Vorgang einerseits seine Person betrifft, anderseits dem Bereich seines Handelsgewerbes angehört. Er kann daher unter der Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen. Auch kann er, was für den Einzelkaufmann früher streitig war, unter der Firma klagen und verklagt werden (§ 17 Abs. 2).

Durch Eintragung verstärkt sich das Recht an der Firma zu einem *ausschließlichen* Recht. Doch gilt die Ausschließlichkeit nur für den Ort oder die Gemeinde der Niederlassung oder einen durch die Landesregierung aus Nachbarorten gebildeten Firmenbezirk. Jede neueingetragene Firma muß sich daher von den bestehenden eingetragenen Firmen des Bezirks deutlich unterscheiden. Auch wer den eignen Namen als Firma annimmt, muß für die erforderliche Differenzierung sorgen. Ebenso verhält es sich bei einer Zweigniederlassung, wenn an deren Ort schon eine mit der Firma der Hauptniederlassung gleichlautende Firma eingetragen ist.

Der *Schutz* des Firmenrechts richtet sich nach Namenrecht. Im allgemeinen genießt der Berechtigte privatrechtlichen Schutz gegen jedermann, der sein Recht bestreitet oder durch rechtswidrigen Eingriff verletzt. Insbesondere ist ihm, wenn er durch unbefugten Gebrauch einer Firma in seinem Recht verletzt wird, stets ein Anspruch auf Unterlassung des unbefugten Firmengebrauchs und bei Verschulden des anderen auch auf Schadensersatz gewährt (§ 37 Abs. 2). Dies gilt nicht nur, wenn ein anderer sich die Firma anmaßt, sondern auch, wenn ein anderer durch Gebrauch einer irgendwie unzulässigen Firma in das Firmenrecht eingreift. Gegen unbefugten Gebrauch der Firma als Warenzeichen ist der Firmenberechtigte nach Zeichenrecht, gegen Mißbrauch einer an sich statthaften Firma (z. B. der gleichen Firma an einem anderen Ort) zu unlauterem Wettbewerb nach den Vorschriften über unlauteren Wettbewerb geschützt.

Der *unbefugte Gebrauch* einer Firma hat verwaltungsrechtliche und privatrechtliche Folgen. Das Registergericht hat durch Ordnungsstrafen die Unterlassung des Gebrauchs zu bewirken (§ 37 Abs. 1). Außerdem aber kann jedermann, der dadurch in seinen Rechten verletzt wird, also nicht bloß ein anderer Firmenberechtigter, sondern auch wer in seinem bürgerlichen Namenrecht oder einem Patentrecht oder irgendeinem anderen Recht gekränkt ist, auf Unterlassung des Gebrauchs und bei Verschulden auf Schadensersatz klagen (§ 37 Abs. 2).

6. Der Name, unter dem ein *Minderkaufmann* sein Gewerbe treibt, ist keine Firma. Für ihn gilt lediglich das bürgerliche Namenrecht. Doch muß der Minderkaufmann, der einen offenen Laden hat oder Gast- und Schankwirtschaft treibt, seinen wahren Namen in gleicher Weise wie der Vollkaufmann offenkundig machen (GewO. § 15 a).

Literatur: v. *Völderndorff* b. Endemann I 192 ff. *V. Ehrenberg*, Z. f. HR. XXVIII 25 ff. *Th. Schmauser*, Das Recht an der Handelsfirma, 1892. *Olshausen*, Das Verhältnis des Namenrechts zum Firmenrecht, 1900. *Opet*, Z. f. HR. XLIX 1 ff. *Weber*, Beiträge zur Dogmatik des Namenrechts, 1905, S. 45 ff. *Stern*, Der Name des Minderkaufmanns, 1906. *K. Lehmann* § 32. *Gareis* § 16. *Cosack* § 16.

§ 24. Warenzeichen.

1. *Geschichte.* Das Warenzeichen stammt unmittelbar aus der germanischen *Marke*. Kaufleute und andere Gewerbtreibende benutzten im Mittelalter die figürliche Marke, die sie neben dem Namen führten, in dreifacher Weise: als Personalzeichen bei der Unterzeichnung von Urkunden und Geschäftsbriefen, als Vermögenszeichen behufs Kundmachung der rechtlichen Zugehörigkeit einer gezeichneten Sache und endlich als Ursprungszeichen, um die Herkunft der gezeichneten Ware aus einem bestimmten Geschäft (Werkstätte oder Lager) kenntlich zu machen. Als Personalzeichen wurde die Marke durch den geschriebenen Namen, die Firma, aus dem Handelsrecht verdrängt. Als Vermögenszeichen spielte sie bei der symbolischen Tradition durch Zeichnung noch lange eine Rolle, trat aber im ganzen mehr und mehr zurück.

Als Ursprungszeichen dagegen erhielt sie sich nicht nur in lebendigem Gebrauch, sondern gewann stetig an Verbreitung und Bedeutung.

Das Markenrecht war im Mittelalter allgemein als ein ausschließliches und voll geschütztes Privatrecht anerkannt. Später geriet es ins Wanken. Seine Wiederbefestigung und Weiterbildung erfolgte in neuerer Zeit durch besondere Markenschutzgesetze, die in allen Kulturstaaten ergingen. Dabei wurde überall nach dem teilweise schon im Mittelalter verwirklichten Vorbilde der Schutz oder doch der volle Schutz von der Eintragung in ein öffentliches Register abhängig gemacht. Mehr und mehr wurde zugleich der Schutz über die eigentlichen Marken hinaus auf andere Warenbezeichnungen ausgedehnt.

In Deutschland blieb der Schutz lange unvollkommen und partikulär (z. B. preuß. V. v. 18. Aug. 1847, österr. G. v. 7. Dez. 1858, württ. G. v. 12. Febr. 1862, bayr. V. v. 21. Dez. 1862). Sodann erging das RG. über den Markenschutz v. 30. Nov. 1874, das ein nur Vollkaufleuten zugängliches Markenrecht schuf. Endlich aber stellte das RG. zum Schutz der Warenbezeichnungen v. 12. Mai 1894 ein allgemeines gewerbliches Zeichenrecht her.

Das heutige deutsche Warenzeichenrecht ist ein besonderes Persönlichkeitsrecht, das jeder Gewerbetreibende erwerben kann. Es gehört daher nicht mehr bloß dem Handelsrecht, sondern dem Gewerberecht überhaupt an. Doch rechtfertigt sich seine Darstellung im Handelsrecht aus historischen und praktischen Gründen.

2. Erwerb. Das Recht, ein bestimmtes Warenzeichen zu gebrauchen, entsteht an sich durch dessen Annahme. Die Annahme ist eine Art von Okkupation eines bisher freien Zeichens. Um aber ein ausschließliches Recht an dem angenommenen Zeichen zu erwerben, ist dessen Anmeldung und Eintragung erforderlich. Nach dem Ges. v. 1874 erfolgte die Eintragung bei den Gerichten in die eine Abteilung des Handelsregisters bildenden Zeichenregister. Das Ges. v. 1894 hat dafür eine vom Reichspatentamt geführte, für ganz Deutschland einheitliche öffentliche Zeichenrolle geschaffen.

Berechtigt zur Anmeldung einer Marke war nach dem Ges. v. 1874 nur ein in das Handelsregister eingetragener Kaufmann. Dagegen kann nach dem Ges. von 1894 jeder Gewerbtreibende, auch der Minderkaufmann, der Handwerker, der Landwirt usw., ein Warenzeichen, dessen er sich zur Unterscheidung seiner Waren von denen anderer bedienen will, zur Zeichenrolle anmelden. Doch muß die Anmeldung für einen bestimmten Geschäftsbetrieb und eine bestimmte Warengattung erfolgen. Für verschiedene Betriebe oder Warengattungen können verschiedene Zeichen angemeldet werden. Zur gehörigen Anmeldung gehört die Entrichtung von Gebühren (30 Mk. für jedes Zeichen).

Geeignet zur Anmeldung ist vor allem ein figürliches oder bildliches Zeichen, das Zahlen, Buchstaben oder Wörter enthalten, nicht aber ausschließlich aus solchen bestehen darf. Seit dem Gesetz von 1894 kann jedoch auch eine Wortmarke, insbesondere ein Phantasiename (z. B. Odol, Lanolin, Spatenbräu), nur nicht eine bloß die Beschaffenheit, Herstellung oder Bestimmung der Ware ausdrückende Wortwendung, als Warenzeichen angemeldet werden. Unzulässig sind Zeichen, die ein Staatswappen oder inländisches Gemeindewappen, eine ärgerniserregende Darstellung oder ersichtlich unwahre täuschende Angaben enthalten. Ferner kann niemand sich ein im Gemeingebrauch befindliches Freizeichen (z. B. im Kohlenhandel die gekreuzten Bergmannsschlegel) aneignen. Endlich darf an dem Zeichen nicht schon ein anderer in Deutschland ein ausschließliches Recht für gleiche oder gleichartige Waren erworben haben. Der tatsächliche Besitzstand schützt nicht gegen fremde Aneignung des Zeichens durch frühere Anmeldung. Doch wurde durch Übergangsbestimmungen bei der Einführung und bei der Erweiterung des Zeichenschutzes ein Vorrang auf Grund des älteren Besitzstandes gewahrt.

Nach dem Ges. v. 1874 unterlag die Anmeldung nur einer formalen Prüfung durch das Gericht; die Eintragung deklarierte nur das durch Anmeldung erworbene Recht (RGer. III Nr. 22). Nach geltendem Recht dagegen wird die Zulässigkeit der Anmeldung durch das Reichspatentamt geprüft (wobei gegen Ablehnung regelmäßig nur die Beschwerde an die Beschwerdeabteilung des Patentamts, ausnahmsweise im Falle des § 6 Abs. 2 der Rechtsweg offen steht); die Eintragung wirkt konstitutiv, indem sie den Schutz gegen Gebrauch durch andere begründet (§ 12). Der Schutz tritt bis zur Löschung ein, wenn auch das eingetragene

Recht nicht entstanden ist oder nicht mehr besteht; er fällt aber mit der Löschung rückwärts insoweit weg, als zur Zeit des angeblichen Eingriffs das Recht mit Unrecht eingetragen war.

3. Übertragung. Während das frühere Markenrecht Zubehör der Firma war, ist das jetzige Zeichenrecht mit dem Geschäftsbetriebe, für den es angemeldet wurde, verknüpft. Es ist mit dem Geschäftsbetriebe und nur mit ihm vererblich und veräußerlich. Das Recht aus der Eintragung kann jedoch der Rechtsnachfolger erst geltend machen, nachdem der Übergang in der Zeichenrolle vermerkt ist.

4. Verlust. Beendigungsgründe sind Verzicht, Wegfall des Geschäftsbetriebes und Ablauf von zehn Jahren seit der letzten Anmeldung. Die zur Erhaltung des Rechts erforderliche erneute Anmeldung kostet jedesmal eine Erneuerungsgebühr (10 Mark) und kann gegen doppelte Gebühr binnen einem Monat nachgeholt werden.

Um die Wirkung der Eintragung zu beseitigen, ist Löschung notwendig. Mit ungehöriger Löschung endigt, obschon nicht das Recht, doch dessen Schutz. Die Löschung ist in gleicher Weise erforderlich, wenn das Recht beendigt ist und wenn es niemals bestanden hat. Die Löschung erfolgt jederzeit auf Antrag des Inhabers. Sie erfolgt von Amts wegen, wenn sich Unzulässigkeit der Eintragung herausstellt oder das Recht durch Zeitablauf beendigt ist. Sie erfolgt endlich auf Antrag eines Dritten, der im Wege der Klage seinen Anspruch auf Löschung durchgesetzt hat. Klageberechtigt ist, wenn das Zeichen, mit einem früher angemeldeten Zeichen übereinstimmt, der in seinem Zeichenrecht Verletzte, wenn aber der Geschäftsbetrieb erloschen oder das Zeichen unwahr und täuschend ist, jedermann. Außerdem kann nach allgemeinen Grundsätzen der durch den Gebrauch des Zeichens in einem anderen Privatrecht (z. B. Namenrecht) Verletzte auf Löschung klagen (RGer. XLVIII Nr. 49, LIV Nr. 12).

Die Wiedereintragung eines gelöschten Zeichens für einen anderen als den bisherigen Inhaber ist erst nach zwei Jahren zulässig.

5. Rechtsinhalt. Den Inhalt des eingetragenen Zeichenrechts bildet die ausschließliche Befugnis, Waren der bestimmten Art oder deren Verpackung oder Umhüllung mit dem Zeichen zu versehen, so bezeichnete Waren in Verkehr zu setzen und auf Geschäftspapieren das Zeichen anzubringen.

Eine Verletzung des Zeichenrechts liegt in jeder unbefugten Vornahme einer derartigen Handlung. Sie wird durch unauffällige Abweichungen nicht ausgeschlossen. Dagegen wird sie niemals durch Gebrauch des eignen Namens oder der eignen Firma und durch richtige sachliche Angaben über die eignen Waren begangen. Der Verletzte hat stets einen Anspruch auf Unterlassung, bei wissentlicher oder grob fahrlässiger Verletzung auch auf Schadensersatz und auf Beseitigung der widerrechtlich angebrachten Zeichen. Wegen wissentlicher Verletzung kann Strafverfolgung beantragt und neben Strafe an Stelle der Entschädigung Buße (bis zu 10 000 Mk.) zuerkannt werden.

6. Personennamen als Warenzeichen. Die Verwendung des Namens oder der Firma zur Warenbezeichnung ist ein ausschließliches Recht des Namen- oder Firmenberechtigten und zeichenrechtlich in gleicher Weise wie der Gebrauch eines eingetragenen Zeichens geschützt (RG. v. 1894 § 14; G. v. 1874 §§ 13—14).

7. Sonstige Warenbezeichnungen. Unter den uneingetragenen Kennzeichnungen von Waren genießen die im Verkehr anerkannten charakteristischen Ausstattungsformen, deren sich ein bestimmter Gewerbtreibender bedient, einen zugleich privatrechtlichen und strafrechtlichen Schutz, der aber nur gegenüber arglistiger Anmaßung in Täuschungsabsicht Platz greift (G. v. 1894 § 15). In ähnlichem Umfange sind andere Bezeichnungen (auch Geschäftsnamen, Wirtshausschilder, Druckschriftentitel usw.) durch die Vorschriften wider unlauteren Wettbewerb geschützt.

8. Ausländische Gewerbebetriebe genießen in Deutschland für ihre Warenbezeichnungen auf Grund verbürgter Gegenseitigkeit Schutz. Das ausländische Warenzeichen erlangt den Schutz erst durch Eintragung in die deutsche Zeichenrolle, wozu nach der gesetzlichen Regel Eintritt des Schutzes im Heimatsstaate, Bestellung eines inländischen Vertreters und Eintragungsfähigkeit des Zeichens nach deutschem Recht erforderlich sind. Durch Staatsverträge ist vielfach die Erlangung des Schutzes erleichtert.

Literatur: Homeyer, Die Haus- und Hofmarke, 1870. Lastig, Markenrecht und Zeichenregister, 1889. Gierke, Deutsch. PR. I § 84. — Endemann, Komm. zum Ges. v. 1874. Kohler, Recht des Markenschutzes, 1884/86. — Komm. zum Ges. v. 12. Mai 1894 v. Seligsohn, v. Freund u. Magnus, v. Finger, v. Rhenius. Hauß, Markenschutz, Handwörterbuch der Staatswiss. [3] VI 678 ff. K. Lehmann § 33. Gareis § 17. Cosack § 17. Kohler, Warenzeichenrecht, 1910. — Zeitschr. „Markenschutz und Wettbewerb", herausg. v. Wassermann, seit 1900.

Ausländ. Ges.: Französ. v. 23. Juni 1857 u. 7. Mai 1890. Engl. v. 25. Aug. 1883 u. 23. Aug. 1887, neue Trade Marks Act v. 11. Aug. 1905. Ital. v. 30. Aug. 1868. Schweiz. v. 19. Dez. 1879, neues v. 26. Sept. 1890. Neues österr. v. 6. Jan. 1890. — Verträge des Deutschen Reichs mit Österreich-Ungarn v. 6. Dez. 1891, Italien v. 18. Jan. 1892, der Schweiz v. 13. Aug. 1892, Serbien v. 21. Aug. 1892. — Pariser Konvention v. 20. März 1883 mit Brüsseler Zusatzakte v. 14. Dez. 1901; Bekanntmachung über den Beitritt des Deutschen Reichs v. 9. April 1903 (RGBl. S. 147 ff.).

§ 25. Schutz gegen unlauteren Wettbewerb. Der Kaufmann gleich jedem Gewerbetreibenden hat ein Recht auf Achtung seines Persönlichkeitsrechts an der von ihm oder einem Vorgänger erarbeiteten Besonderheit seines Geschäftsbetriebes. Er kann zwar die Schädigung oder Vernichtung seines mühsam erworbenen Tätigkeitsbereiches durch den freien Wettbewerb anderer nicht hindern. Wohl aber hat er einen Anspruch auf Schutz gegen unlauteren Wettbewerb, d. h. gegen fremde Handlungen, die unter Mißbrauch der Gewerbefreiheit die seinem Betriebe zugehörigen Persönlichkeitsgüter verletzen. Soweit solche Persönlichkeitsgüter zu besonderen Persönlichkeitsrechten ausgestaltet sind, wie Firma, Warenzeichen, gewerbliche Urheberrechte und Patentrechte, besteht ein besonderer Rechtsschutz. Darüber hinaus aber folgt aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auch in Ansehung der nicht in Rechtsform gekleideten Persönlichkeitsgüter ein Anspruch auf Untersagung verletzender Eingriffe und bei Verschulden auf Schadensersatz. In Frankreich und anderen Ländern hat die Rechtsprechung auf Grund allgemeiner Gesichtspunkte einen ausgiebigen zivilrechtlichen Schutz gegen concurrence déloyale ausgebildet. Die deutsche Rechtsprechung vermochte hierzu sich nicht zu erheben. So mußte die Gesetzgebung einschreiten. Es erging das RG. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes v. 27. Mai 1896, das bestimmte Arten des unlauteren Wettbewerbes verbot. Es erwies sich bald als unzureichend und wurde durch das RG. v. 7. Juni 1909 ersetzt. Das neue Gesetz behält die Spezialbestimmungen über einzelne Arten des unlauteren Wettbewerbes bei, ergänzt sie aber durch eine Generalklausel (§ 1), nach der jeder, der im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann. Dadurch wird in Fällen, in denen eine Spezialvorschrift nicht verletzt ist, ein weitergehender Schutz gewährt, als er vorher aus § 826 BGB. hergeleitet werden konnte; insbesondere ist vorsätzliche Schadenszufügung nicht erforderlich, die Unterlassungsklage unbedingt zulässig. Alle Schutzvorschriften erstrecken sich auch auf landwirtschaftliche Betriebe (§ 2).

Das Gesetz behandelt die von ihm verbotenen Handlungen als Privatrechtsverletzungen, die für die betroffenen Gewerbtreibenden stets eine Klage auf Unterlassung und im Falle des Verschuldens auch eine Klage auf Schadensersatz begründen. Die Klagen, die im Sinne des Prozeßrechts zu den Handelssachen gehören (§ 27), verjähren in sechs Monaten seit der Kenntniserlangung und spätestens in drei Jahren (§ 21). Daneben droht das Gesetz in den meisten Fällen Strafen an; doch tritt die Strafverfolgung nur ausnahmsweise von Amts wegen, im übrigen nur auf Antrag ein (§ 22). Neben Strafe kann dem Verletzten auf Verlangen an Stelle der Entschädigung eine Buße (bis zu 10 000 Mark) zuerkannt werden (§ 26). In einzelnen Fällen kann das Gericht Veröffentlichung des Urteils auf Kosten des Schuldigen anordnen (§ 23).

Im einzelnen ist zunächst der unlautere Wettbewerb durch unwahre öffentliche Anpreisung, die den Schein eines besonders günstigen Angebots erweckt, verboten (§§ 3—10). Die unzulässige Reklame kann durch Wort oder Bild erfolgen. Sie liegt insbesondere in unwahren Angaben über die Beschaffenheit der angebotenen Waren (z. B. „nur echt") oder gewerblichen Leistungen, über ihren Ursprung oder ihre Herstellungsart („nur Handstickerei") oder über ihre Preisbemessung, über die Art des Bezuges („importiert") oder der Bezugsquellen, über den Besitz von Auszeichnungen (z. B. Medaillen, Titel als Hoflieferant), sowie über Anlaß

oder Zweck des Verkaufs oder über die Menge der Vorräte. Die Angabe, daß Waren aus einer Konkursmasse stammen, ist überhaupt unzulässig, sobald sie nicht mehr zum Bestande der Konkursmasse gehören. Im Falle der Ankündigung eines Ausverkaufes, die stets nur unter Angabe des Grundes erfolgen darf, ist jegliches Vor- oder Nachschieben von Waren, gegen das sich das Reichsgericht sehr nachsichtig verhielt, jetzt ausdrücklich untersagt. Als Ausverkäufe gelten auch Verkäufe, die wegen Beendigung des Geschäfts oder Räumung eines Vorrats angekündigt werden. Nur die üblichen Saison- und Inventurausverkäufe sind ausgenommen. Verletzt durch unlautere Reklame sind alle Gewerbtreibenden gleicher oder verwandter Gattung Klageberechtigt sind nicht nur die einzelnen Gewerbtreibenden, sondern auch Verbände von solchen (§ 13).

In gleicher Weise können die interessierten Gewerbtreibenden oder ihre Verbände gegen Quantitätsverschleierungen, die durch Zuwiderhandeln gegen bundesrätliche Bestimmungen begangen werden, mit Unterlassungs- und Schadensersatzklagen vorgehen (§ 11 und 13).

Dasselbe gilt, wenn zwecks Erlangung oder Verschaffung eines Vorzugs im Wettbewerb beim Bezuge von Waren oder gewerblicher Leistungen Geschenke oder andere Vorteile als sogenannte Schmiergelder an Angestellte oder Beauftragte eines Geschäftsbetriebes versprochen oder gewährt oder von Angestellten oder Beauftragten gefordert oder angenommen werden (§ 12 u. 13).

Sodann richtet sich das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb durch Anschwärzung des Konkurrenten, die Herabsetzung seiner Person oder seiner Waren mittelst nicht erweislich wahrer Behauptungen tatsächlicher Art, die geeignet sind, den Betrieb seines Geschäfts oder seinen Kredit zu schädigen (§§ 14, 15). Daneben gilt BGB. § 824.

Weiter ist der unlautere Wettbewerb durch Anmaßung von Namen, Firmen, Geschäftsbezeichnungen oder Druckschriftentiteln im geschäftlichen Verkehr untersagt (§ 16). Der Unterlassungsanspruch des Benutzungsbefugten wird durch fremde Benutzung begründet, sobald dieselbe in einer Weise erfolgt, die genügend ist, Verwechselungen hervorzurufen. Hierdurch werden die Vorschriften über Firmen- und Zeichenschutz ergänzt.

Endlich gewährt das Gesetz Schutz gegen den Verrat von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen (§§ 17, 20). Den Geheimnisverrat durch Angestellte während des Dienstverhältnisses trifft es nicht bloß, wenn er in der Absicht des Wettbewerbes erfolgt, sondern auch, wenn er auf Schadenszufügung abzielt. Hier handelt es sich um strafbare Untreue. Als ein Fall des unlauteren Wettbewerbes aber erscheint der Geheimnismißbrauch durch Dritte. Er liegt vor, wenn jemand das ihm von einem Angestellten mitgeteilte oder auf rechtswidrige oder unsittliche Weise erspähte fremde Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis zum Wettbewerbe verwertet. Allgemein verboten ist die unbefugte Verwertung oder Mitteilung der im geschäftlichen Verkehr anvertrauten Vorlagen oder Vorschriften technischer Art (z. B. Zeichnungen, Modelle, Rezepte) zu Zwecken des Wettbewerbes.

Gewerbtreibende, die keine Hauptniederlassung im Inlande haben, genießen den Schutz des deutschen Rechts im Falle verbürgter Gegenseitigkeit (§ 28). Im Verhältnis der dem Verbande zum Schutz des gewerblichen Eigentums angehörenden Staaten tritt der Schutz ohne weiteres ein (Brüsseler Zusatzakte v. 1900 Art. 10 b).

Literatur: O. Mayer, Die concurrence déloyale, Z. f. HR. XXVI 363 ff. H. Allart' Traité théorique et pratique de la concurrence déloyale, 1888. Alexander-Katz, Die unredliche Konkurrenz, 1892. Gierke, Der Rechtsgrund des Schutzes gegen u. W., Zeitschr. für gewerblichen Rechtsschutz IV 109 ff. Brandis, Rechtsschutz der Zeitungs- und Büchertitel, 1898. K. Lehmann § 34. Cosack § 18 mit Nachtrag in § 231. Kommentare zum RG. v. 7. Juni 1909 von Baer, L. Fuld, Finger, Kahn-Weiß, Rosenthal-Wehner, Pinner-Eyck. — E. Rosenthal, Art. Wettbewerb, unlauterer, im Hdwtb. d. Staatswiss. [3] VIII 792 ff.

§ 26. Handelsbücher. Der Vollkaufmann ist schon seit dem Mittelalter zu ordnungsmäßiger Buchführung verpflichtet.

Das HGB. stellt einige gesetzliche Regeln für die Buchführung auf, während das Nähere durch den Handelsgebrauch bestimmt wird. Die Bücher müssen jedes einzelne im Be-

triebe geschlossene Geschäft und die jeweilige Vermögenslage des Kaufmanns ersichtlich machen (§ 38 Abs. 1). Die empfangenen Handelsbriefe und Kopien der abgesandten Handelsbriefe sind geordnet aufzubewahren (§ 38 Abs. 2). Ein gehöriges Inventar (Vermögensverzeichnis mit Wertangabe) und eine Bilanz (Vergleichung von Soll und Haben mit Rechnungsabschluß) sind zu errichten und für jedes abgelaufene Geschäftsjahr (das Inventar bei umfangreichen Warenlagern und in ähnlichen Fällen nur alle zwei Jahre) rechtzeitig zu wiederholen (§§ 39 bis 41). Befreiungen von der Verpflichtung zu kaufmännischen Abschlüssen treten bei staatlichen und kommunalen Betrieben ein (§ 42), während für Aktiengesellschaften usw. besondere, strengere Vorschriften gelten. Die Buchführung soll in lebender Sprache und Schrift stattfinden; die Bücher sollen gebunden und paginiert, ungehörige leere Zwischenräume, Durchstreichungen, Radierungen und ähnliche Veränderungen sollen vermieden werden (§ 43). Die Handelsbücher, die Korrespondenz, die Inventare und die Bilanzen sind zehn Jahre lang aufzubewahren (§ 44). Die Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften über Buchführung wird weder überwacht noch erzwungen. Ihre Verletzung kommt aber im Falle der Zahlungseinstellung strafrechtlich in Betracht (KonkO. §§ 239, 240).

Die Handelsbücher genossen von je eine höhere Beweiskraft als andere Privaturkunden, indem sie nicht bloß gegen, sondern auch für den Kaufmann als Beweismittel verwendbar sind. Die frühere gesetzliche Fixierung ihrer Beweiskraft (regelmäßig unter Kaufleuten unvollständiger, durch Bucheid zu ergänzender Beweis, Nichtkaufleuten gegenüber halber Beweis) ist beseitigt. Nicht aber die erhöhte Beweiskraft als solche (RGer. VI Nr. 101).

Die Beweisführung erfolgt durch Vorlegung der Handelsbücher, die im Laufe eines Rechtsstreits vom Gericht auf Antrag oder von Amts wegen stets angeordnet werden kann; regelmäßig ist dem Gegner nur der den Streitpunkt betreffende Inhalt und dem Gericht außerdem das zur Prüfung der Ordnungsmäßigkeit Erforderliche aufzudecken; die Offenlegung des ganzen Inhalts kann das Gericht bei Vermögensauseinandersetzungen anordnen (§§ 45—47).

Literatur: Behrend I § 42. Goldschmidt, Syst. S. 101 ff. Simon, Bilanzen der Aktiengesellschaften, 1886. H. Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften usw. 1903. — Crome, Geordnete und ordnungsmäßige Buchführung, Arch. f. z. Pr. IC 1ff. K. Lehmann § 28. Cosack § 15. — Gehr-Lang, Wesen und System der doppelten Buchführung, 1903. G. Obst, Einführung in die Buchführung, 1909.

Drittes Kapitel.

Kaufmännische Hilfspersonen.

§ 27. Überhaupt. Der Kaufmann bedient sich für sein Geschäft vielfach der Hilfe anderer Personen. Daraus ergeben sich nach außen Vertretungsverhältnisse, nach innen Vertragsverhältnisse.

Den Besonderheiten der handelsrechtlichen Stellvertretung ist Abschnitt V des ersten Buches des HGB. mit der Überschrift „Prokura und Handelsvollmacht" gewidmet. Das alte HGB. handelt davon in Bd. I Tit. V unter der Überschrift „Von den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten" ohne scharfe Sonderung von deren Vertragsverhältnissen, im übrigen in der Lehre von den Handelsgeschäften. Unberührt davon bleibt die eigenartige gesellschaftsrechtliche Vertretung.

Hinsichtlich des Vertragsverhältnisses sind zwei Klassen von Hilfspersonen zu scheiden.

Die im Geschäft angestellten unselbständigen Hilfspersonen bilden das Geschäftspersonal. Handelsrechtliche Besonderheiten gelten für das kaufmännische Hilfspersonal, die „Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge" (Buch I Abschn. VI, früher Tit. VI).

Als selbständige Hilfspersonen stehen dem Geschäft alle Personen gegenüber, die ihm ständig oder vorübergehend Dienste leisten, ohne ihm anzugehören. Sie sind, sofern ihre Tätigkeit ein Handelsgewerbe darstellt, selbständige Kaufleute. Unter ihnen behandelt das neue HGB. die Handlungsagenten (Abschn. VII) und die Handelsmäkler (Abschn.

VIII) als besondere Berufsstände innerhalb des Handelsstandes. Von anderen derartigen Hilfspersonen (Kommissionären, Spediteuren, Frachtführern) ist nur bei der Normierung ihrer Grundgeschäfte die Rede.

§ 28. Handelsrechtliche Stellvertretung. Das Handelsrecht ließ frühzeitig im rechtsgeschäftlichen Verkehr die Stellvertretung kraft Vollmacht grundsätzlich zu. Gleichzeitig entwickelte es im Sinne des germanischen Rechts gegenüber dem römischen Recht das Prinzip der unmittelbaren Stellvertretung, demzufolge der Bevollmächtigte durch eine innerhalb seiner Vertretungsmacht ausdrücklich oder ersichtlich im Namen des Vertreters vorgenommene Rechtshandlung sich selbst überhaupt nicht, den Vertretenen dagegen unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Das alte HGB. sprach dieses Prinzip als Satz des Handelsrechts aus (Art. 52 u. 298 Abs. 1). Seitdem es vom BGB. aufgenommen ist, entscheiden lediglich dessen Vorschriften (BGB. §§ 164—166). Ebenso sind die sonderrechtlichen Vorschriften des alten HGB. über die Haftung des falschen Vertreters (Art. 55 u. 298 Abs. 2) durch die ähnlichen Vorschriften des BGB. § 179 ersetzt. Auch hinsichtlich der Zulässigkeit eines Geschäftsabschlusses des Vertreters mit oder in sich selbst gilt das bürgerliche Recht (BGB. § 181). Ebenso hinsichtlich der Haftung des Prinzipals für Verschulden der Vertreter oder Gehilfen (BGB. §§ 278 u. 831).

Handelsrechtliche Besonderheiten, denen gegenüber die sonstigen Bestimmungen des BGB. (bes. §§ 167—176) nur subsidiär zur Anwendung kommen, werden durch die Verknüpfung der Vollmacht mit dem Geschäft, die Verwertung der Firma zur Kenntlichmachung der Vertretung und die rechtliche Fixierung des Umfanges der Vertretungsmacht herbeigeführt. Hiernach sind verschiedene Arten der handelsrechtlichen Stellvertretung zu unterscheiden.

1. Prokura. Der Vollkaufmann kann durch Erteilung von Prokura eine unbeschränkte und unbeschränkbare Vollmacht zum Handelsbetriebe begründen. Die Erteilung muß ausdrücklich unter Gebrauch des entscheidenden Wortes („Prokura" oder „Prokurist") durch den Kaufmann in Person oder seinen gesetzlichen Vertreter (nach BGB. §§ 1643 u. 1822 Z. 11 mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts) erfolgen (§ 48 Abs. 1). Die Prokura ist (abweichend von BGB. § 168) jederzeit widerruflich; sie ist unübertragbar; sie erlischt nicht durch den Tod des Geschäftsinhabers (§ 52). Erteilung und Erlöschen sind zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 53). Von der Eintragung hängt die Offenkundigkeit im Sinne des § 15, nicht aber Bestand oder Nichtbestand der Prokura ab.

Die Prokura gewährt eine unbeschränkte Vertretungsmacht zu jeder gerichtlichen oder außergerichtlichen Rechtshandlung, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt (§ 49 Abs. 2). Nur zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken bedarf der Prokurist einer besonderen Vollmacht (§ 49 Abs. 3). Im übrigen kann er auch Rechtsgeschäfte schließen, Prozesse führen und sonstige Rechtshandlungen vornehmen, die völlig außerhalb des konkreten Handelsbetriebes seines Prinzipals liegen. Dagegen kann er Geschäfte, die der Betrieb eines Handelsgewerbes niemals mit sich bringt, nicht wirksam für den Prinzipal vornehmen. So z. B. Verfügungen von Todes wegen, reine Schenkungen, Verfügung über das Geschäft im ganzen oder die Firma.

Dieser gesetzliche Umfang der Prokura ist zugleich unbeschränkbar. Jede Beschränkung auf gewisse Geschäfte oder Geschäftsarten und jede sachliche, zeitliche oder örtliche Bindung der Ausübung ist nur im inneren Verhältnis wirksam, dagegen Dritten gegenüber unwirksam (§ 50 Abs. 1—2). Auch wenn der Dritte die Beschränkung kennt, ist sie für ihn nicht vorhanden. Nur kann hier wie überall niemand aus arglistiger Handlungsweise (z. B. im Falle der Kollusion mit einem unredlichen Prokuristen) Rechte für sich herleiten.

Ausnahmsweise ist, wenn derselbe Kaufmann mehrere getrennte Geschäfte oder eine Haupt- und Zweigniederlassung unter verschiedenen Firmen betreibt, die Beschränkung der Prokura auf eine dieser Niederlassungen zulässig (§ 52 Abs. 2).

Das wichtigste und gebräuchlichste Mittel aber, um die Gefährlichkeit der Prokura abzuschwächen, ist die Erteilung einer Gesamtprokura (§ 48 Abs. 2, einzutragen nach § 53 Abs. 1 S. 1). Die Gesamtprokura oder Kollektivprokura ist eine mehreren Personen zu gesamter Hand gewährte Vertretungsmacht. Hier sind die Mehreren nur in ihrer Verbunden-

heit zur Personeneinheit, sei es nun nur alle insgesamt, oder sei es nach der Art der Bestellung je zwei oder drei unter ihnen oder ein Hauptprokurist zusammen mit einem von den anderen, das bevollmächtigte Subjekt.

Die einzelne Vertretungshandlung des Prokuristen muß sich als solche kenntlich machen. Das Hauptmittel hierfür ist die Zeichnung der Firma. Nach einer Ordnungsvorschrift soll der Prokurist der Firma den eignen Namen mit einem die Prokura andeutenden Zusatz (p.p.) zufügen (§ 51). Wirksam ist auch die Zeichnung bloß mit der Firma oder bloß mit dem eigenen Namen. Ob aber im ersteren Falle die Schriftform gewahrt (daher z. B. ein Wechsel gültig) ist, hängt, wenn man nicht ein Handelsgewohnheitsrecht zugunsten der Firmenzeichnung durch fremde Hand annehmen will, von der Auslegung des BGB. § 126 ab. Das Reichsgericht hat sich mit kaum zureichenden Gründen, aber im Einklange mit der Verkehrsanschauung dahin entschieden, daß das Erfordernis eigenhändiger Unterschrift des Ausstellers auch erfüllt sei, wenn der Vertreter lediglich mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnet hat.

2. Handlungsvollmacht. Eine ständige Ermächtigung zur Vertretung eines Kaufmanns in seinem Handelsgewerbe, die nicht Prokura ist, heißt Handlungsvollmacht. Sie kann auch von einem Minderkaufmann erteilt werden. Die Erteilung ist formfrei und kann stillschweigend erfolgen. Außer dem Kaufmann in Person kann auch ein Prokurist und innerhalb seines Machtbereiches auch ein Handlungsbevollmächtigter eine Handlungsvollmacht erteilen. Doch ist die Handlungsvollmacht nur mit Zustimmung des Prinzipals übertragbar (§ 58). Ihre Widerruflichkeit bestimmt sich nach BGB. § 168 (anders altes HGB. Art. 54). Eine Eintragung findet nicht statt.

Der Umfang der Handlungsvollmacht richtet sich in erster Linie nach der zugrunde liegenden Ermächtigung. Er ist verschieden, je nachdem die Vollmacht zum Betriebe des Handelsgewerbes überhaupt erteilt ist (Generalhandlungsvollmacht) oder auf die Vornahme gewisser Arten von Geschäften oder einzelner zum Handelsgewerbe gehöriger Handelsgeschäfte geht (Spezialhandlungsvollmacht). Steht aber die Erteilung einer Handlungsvollmacht bestimmter Art fest, so ist ihr präsumtiver Umfang nach objektiven Merkmalen durch das Gesetz abgegrenzt. Denn nach der gesetzlichen Regel erstreckt sich die Handlungsvollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt (§ 54 Abs. 1), ausgenommen die Veräußerung oder Belastung von Grundstücken, die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, die Aufnahme von Darlehen und die Prozeßführung (§ 54 Abs. 2). Hiernach entscheidet über den gesetzlichen Umfang der Generalhandlungsvollmacht die konkrete Beschaffenheit des Betriebes; der Generalhandlungsbevollmächtigte kann nicht gleich dem Prokuristen den Betrieb seines Prinzipals beliebig erweitern. Der gesetzliche Umfang der Spezialhandlungsvollmacht wird außerdem durch die Verkehrssitte bestimmt; insbesondere ist mit einer besonderen Art der Anstellung im Geschäft (z. B. als Kassierer, Werkführer, Kellner, Ausläufer, im Eisenbahndienst) stets zugleich ein typischer Vollmachtsumfang gegeben. Somit kann im Verkehr mit einem Handlungsbevollmächtigten der Dritte darauf vertrauen, daß die Vollmacht den nach den Umständen zu vermutenden regelrechten Umfang hat. Allein, unbedingt kann er sich nicht auf die Regel berufen. Denn er muß eine von ihr abweichende Einschränkung der Vollmacht gegen sich gelten lassen, wenn er sie kannte oder kennen mußte (§ 54 Abs. 3). Im Gegensatz zur Prokura ist also die Handlungsvollmacht beliebig beschränkbar, sofern nur für gehörige Kundmachung gesorgt wird.

Besondere Bestimmungen gelten für Handlungsreisende, die zur Vornahme von Geschäften außerhalb des Ortes der Niederlassung verwendet werden. Ihre Vollmacht, deren gesetzlicher Umfang an sich nach der allgemeinen Regel zu beurteilen ist, erstreckt sich nach ausdrücklicher Vorschrift namentlich auf die Einziehung des Kaufpreises aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen, auf die Bewilligung von Zahlungsfristen dafür und auf die persönliche Empfangnahme von Mängelrügen, Zurdispositionsstellungen und ähnlichen Erklärungen (§ 55).

Speziell geregelt ist ferner die gesetzliche Vollmacht der Ladendiener. Wer in einem Laden oder offenen Warenlager angestellt ist, gilt als ermächtigt zu Verkäufen und Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen (§ 56).

Gerade dieser Vorschrift gegenüber ist die Möglichkeit der Einschränkung des präsumtiven Umfanges der Vollmacht durch gehörige Kundmachung (z. B. einen Anschlag „Feste Preise" oder „Zahlung an der Kasse") besonders wichtig.

Für die Zeichnung der Firma durch den Handlungsbevollmächtigten gilt eine ähnliche Ordnungsvorschrift wie bei der Prokura; der das Vollmachtsverhältnis ausdrückende Zusatz (üblich per, p. oder i. V.) darf nicht auf eine Prokura hindeuten (§ 57).

3. Schlichte Vollmacht zu Handelsgeschäften. Während das alte HGB. besondere Vorschriften für jede Vollmacht zu Handelsgeschäften enthielt (Art. 297 bis 298), gelten jetzt für eine derartige Vollmacht, falls sie nicht Handlungsvollmacht ist, die Vorschriften des bürgerlichen Rechts. (Art. 296 des alten HGB. ist durch BGB. § 370 ersetzt).

Literatur: Laband, Z. f. HR. X 183 ff. Ladenburg, ebenda XI 72 ff. Goldschmidt, ebenda XVI 287 ff. Römer, ebenda XIX 67 ff. Baron, ebenda XXVII 119 ff. Ruhstrat, ebenda XXXVII 43 ff. Wendt b. Endemann I 287 ff. H. Tolle, Die Prokura, 1896. F. Schneider, Beitrag zur Lehre von der Prokura, 1895. K. Lehmann § 39—41. Cosack § 21.

§ 29. Handlungsgehilfen.

1. Begriff. Handlungsgehilfe ist, wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist (§ 59). Wesentlich ist Anstellung im Handelsgewerbe; keine Handlungsgehilfen sind selbständige Hilfspersonen, die einen Handelsgewerbe ständige Dienste leisten. Wesentlich ist entgeltliche Anstellung; kein Handlungsgehilfe ist der Volontär oder das auf Grund eines familienrechtlichen Verhältnisses im Handelsgewerbe mithelfende Familienmitglied (Ehefrau, Kind). Wesentlich endlich ist die Anstellung zur Leistung kaufmännischer Dienste (z. B. Verkauf in Laden oder Kontor, Kassenführung, Buchführung, Geschäftskorrespondenz, Geschäftsreisen); nicht zu den Handlungsgehilfen gehören sonstige Gewerbegehilfen, technische Beamte und Werkmeister, Handwerksgesellen, Fabrikarbeiter, Köche und Kellner, Zuschneider, Zeichner und Former, Zeitungsberichterstatter, Personen, die im Handelsgewerbe Gesindedienste leisten, usw. Dies wurde schon unter der Herrschaft des alten HGB., obschon ausdrücklich nur das Gesinde ausgenommen war (Art. 65), in Theorie und Praxis überwiegend (gegen Thöl und Wendt) angenommen. Somit deckt sich, anders wie beim Kaufmannsbegriff, der Begriff des Handlungsgehilfen im Rechtssinne mit dem Begriff desselben im Sinne des Lebens.

2. Sonderrecht. Die Handlungsgehilfen sind zwar keine „Kaufleute", aber Angehörige des „Handelsstandes". Darum gilt für sie ein handelsrechtliches Sonderrecht, das den Bestimmungen der Gewerbeordnung vorgeht (GewO. § 154). Es setzt aber das bürgerliche Recht voraus und wird durch besonderes Gewerberecht (z. B. GewO. § 105 b, §§ 139 c bis 139 m, Reichsversicherungsordnung und Gesetz über die Angestelltenversicherung) ergänzt. Dagegen gilt für nicht-kaufmännische Hilfspersonen des Kaufmanns je nach der Beschaffenheit ihres Arbeitsverhältnisses lediglich das bürgerliche Recht oder daneben nur besonderes Gewerberecht oder Gesinderecht usw. (§ 83).

3. Begründung. Das Verhältnis entsteht durch einen Vertrag (Anstellungsvertrag, Engagementsvertrag). Derselbe ist Dienstvertrag und richtet sich, soweit nichts anderes bestimmt ist, nach BGB. §§ 611 ff. Die Abweichungen beruhen auf der Berücksichtigung des personenrechtlichen Elements, das die berufungsmäßige Eingliederung in den Organismus eines Handlungshauses bedingt.

4. Verpflichtungen des Handlungsgehilfen. Der Handlungsgehilfe hat die versprochenen Dienste, deren Art und Umfang sich mangels besonderer Vereinbarung nach dem Ortsgebrauch und mangels eines Ortsgebrauchs nach dem den Umständen Angemessenen richten, zu leisten (§ 59). Er hat überdies sich des Konkurrenzbetriebes zu enthalten. Nach dem alten HGB. (Art. 56 u. 59) schuldete er dem Prinzipal seine gesamte geschäftliche Tätigkeit, durfte daher überhaupt keine Handelsgeschäfte für eigene oder fremde Rechnung machen. Nach dem neuen HGB. (§ 60) darf er nur kein Handelsgewerbe betreiben und im Handelszweige des Prinzipals keine Geschäfte für eigene oder fremde Rechnung machen (der Kommis eines Bankiers darf also nicht, der Kommis eines Kolonialwarenhändlers darf an

der Börse Wertpapiere kaufen und verkaufen). Das Verbot fällt weg, soweit der Prinzipal einwilligt; die Einwilligung in einen Handelsgewerbebetrieb liegt schon in der Nichtwegbedingung eines dem Prinzipal bei der Anstellung bekannten Betriebes (§ 60 Abs. 2). Wird das Verbot verletzt, so hat der Prinzipal einen Anspruch auf Schadensersatz, kann aber statt dessen auch dem Gehilfen die erlangten Vorteile entreißen, indem er in das vom Gehilfen für eigene Rechnung gemachte Geschäft eintritt oder von ihm bei einem für fremde Rechnung gemachten Geschäft Herausgabe der Vergütung oder Abtretung des Anspruchs auf Vergütung fordert (§ 61). Das Verhältnis zwischen dem Gehilfen und dem dritten Kontrahenten bleibt unberührt; insbesondere ist diesem gegenüber ein Eintrittsrecht nicht begründet. Die Ansprüche des Prinzipals verjähren in 3 Monaten seit Kenntnis oder 5 Jahren seit Geschäftsabschluß (§ 61 Abs. 3).

5. Verpflichtungen des Prinzipals. Der Prinzipal schuldet dem Gehilfen die vereinbarte, ortsgebräuchliche oder angemessene Vergütung (§ 59). Sie kann in Naturalleistungen (Wohnung, Kost) oder Geld oder beidem bestehen. Der Anspruch auf Gehalt und Unterhalt läuft, wenn der Gehilfe durch unverschuldetes Unglück an der Dienstleistung verhindert wird, während der Dauer des Dienstverhältnisses, jedoch nicht über 6 Wochen hinaus, fort (§ 63 Abs. 1). Der Gehilfe braucht sich auch nach vertragsmäßig unabänderlicher Vorschrift den inzwischen ihm zukommenden Betrag aus Kranken- oder Unfallversicherung nicht abrechnen zu lassen (§ 63 Abs. 2, abweichend von BGB. § 616). Die Zahlung des Gehalts hat im Zweifel am Schluß jedes Monats zu erfolgen; die Vereinbarung späterer Fälligkeit ist nichtig (§ 64). Die Vergütung kann auch in Provision (§ 65 verweist auf Agentenrecht) oder Gewinnanteil bestehen.

Der Prinzipal ist ferner zur Fürsorge für den Gehilfen verpflichtet. Das HGB. legt ihm in dieser Hinsicht besondere, der vertragsmäßigen Abschwächung entzogene Verpflichtungen auf, kraft deren er bei der Einrichtung des Betriebes zum Schutze von Gesundheit, Anstand und guten Sitten das Erforderliche vorzukehren und im Falle der Aufnahme des Gehilfen in die häusliche Gemeinschaft auch bei den häuslichen Einrichtungen auf Gesundheit, Sittlichkeit und Religion gehörige Rücksicht zu nehmen hat (§ 62; Abs. 1 geht weiter als BGB. § 618 Abs. 1; Abs. 2 deckt sich mit BGB. § 618 Abs. 2, Abs. 3 mit § 618 Abs. 3; daneben ist natürlich BGB. § 617 anwendbar).

Der Prinzipal schuldet endlich dem Gehilfen nach Beendigung des Dienstverhältnisses ein schriftliches Zeugnis (§ 73).

6. Beendigung. Die allgemeinen Regeln über Beendigung der Dienstverträge erfahren wichtige Abwandlungen.

Die Kündigung eines auf unbestimmte Zeit eingegangenen Handlungsgehilfenverhältnisses steht nach der gesetzlichen Regel jedem Teil mit sechswöchiger Kündigungsfrist zum Schluß eines Kalendervierteljahres zu (§ 66). Eine abweichende Vereinbarung, die nach dem früheren Recht vollkommen freigestellt war, ist nur mit der Beschränkung zulässig, daß jede längere oder kürzere Kündigungsfrist für beide Teile gleich bemessen sein muß, die Kündigungsfrist nicht weniger als einen Monat betragen und als Endtermin nur der Schluß eines Monats bedungen werden darf (§ 67). Doch gelten diese Beschränkungen der Vertragsfreiheit nicht, wenn der Handlungsgehilfe jährlich 5000 Mk. oder mehr Gehalt bezieht oder unter Zusicherung freier Rückreise für den Fall der Kündigung seitens des Prinzipals für eine außereuropäische Handelsniederlassung angenommen wird (§ 68). Außerdem fallen die Beschränkungen mit Ausnahme der notwendigen Gleichstellung beider Teile bei der Annahme eines Handlungsgehilfen zu vorübergehender Aushilfe für die ersten drei Monate weg (§ 69).

Die vorzeitige Aufhebung (Kündigung ohne Kündigungsfrist) steht jedem Teil frei, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 70). Das Gesetz führt beispielsweise eine Anzahl wichtiger Gründe sowohl für vorzeitiges Verlassen des Dienstes (§ 71) wie für vorzeitige Entlassung aus dem Dienste (§ 72) an. Die Aufhebung des Dienstverhältnisses erfolgt durch die Erklärung des Aufhebungsberechtigten; das richterliche Urteil hat nur zu konstatieren, ob ein wichtiger Grund vorlag oder nicht und somit die Aufhebung eingetreten ist oder nicht. Wer durch vertragswidriges Verhalten die Aufhebung durch den anderen Teil veranlaßt, ist schadensersatzpflichtig (§ 70 Abs. 2). Entläßt der Prinzipal den Gehilfen vorzeitig, weil dieser durch

unverschuldetes Unglück längere Zeit am Dienst gehindert ist, so wird davon der Anspruch des Gehilfen auf Fortbezug von Gehalt und Unterhalt nicht berührt (§ 72 Abs. 2).

Die gesetzlichen Einschränkungen der Wirksamkeit von Konkurrenzklauseln, durch die dem Gehilfen für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses Beschränkungen der gewerblichen Tätigkeit auferlegt werden (§§ 74—75), sind schon erwähnt (oben § 19).

7. Streitigkeiten. Für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten aus dem Dienstverhältnisse sind durch das RG. vom 6. Juli 1904 besondere Kaufmannsgerichte mit berufsständischen, zur Hälfte aus den Kaufleuten, zur Hälfte aus den Handlungsgehilfen gewählten Beisitzern geschaffen.

Literatur: Wendt b. Endemann I 247 ff. Fuld, Das Recht der Handlungsgehilfen, 1897. Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehilfen ², 1905. K. Lehmann § 37. Cosack § 19. — In Österreich ist das Recht der Handlungsgehilfen durch Ges. v. 10. Jan. 1910 neu geordnet; vgl. den Text in Z. f. HR. LXVI 589 ff. u. dazu die Abh. v. Pisko, ebenda S. 453 ff.

§ 30. Handlungslehrlinge. Das neue HGB. hat für Handlungslehrlinge, die das alte HGB. als eine Art der Handlungsgehilfen behandelte (Art. 62), besondere Vorschriften getroffen (§§ 76—82). Nur bestimmte Vorschriften des Handlungsgehilfenrechts (§§ 60—63, 74—75) sind kraft Verweisung (§ 76 Abs. 1) auch auf sie anwendbar.

Die Begründung des Lehrlingsverhältnisses erfolgt durch Lehrvertrag. Er bedarf keiner Form. Aber nur wenn er schriftlich geschlossen ist, kann der Lehrherr Ansprüche wegen unbefugten Austritts aus der Lehre geltend machen (§ 79). Wer nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte ist, darf Handlungslehrlinge weder halten noch anleiten; die Beobachtung dieser Vorschrift ist durch Strafdrohung gesichert und wird polizeilich erzwungen (§§ 81, 82 Abs. 2).

Die Verpflichtungen des Lehrherrn erstrecken sich hier auch auf ordnungsmäßige Ausbildung des Lehrlings zum kaufmännischen Beruf und auf erziehliche Fürsorge (§ 76). Auch ist für schwerere Pflichtverletzungen Strafe gedroht (§ 82 Abs. 1). Nach Beendigung der Lehrzeit hat der Lehrherr stets ein Zeugnis auszustellen, das stets auch über Kenntnisse, Fähigkeiten und Betragen Auskunft geben soll (§ 80).

Die Beendigung erfolgt an sich mit dem Ablauf der bedungenen, ortsrechtlichen oder ortsüblichen Lehrzeit; doch kann zunächst während einer Probezeit von einem Monat, die der Vertrag bis zu drei Monaten verlängern kann, später aus einem wichtigen Grunde und im Falle des Todes des Lehrherrn ohne weiteres binnen einem Monat das Verhältnis von jedem Teil einseitig sofort gelöst werden (§ 77). Außerdem wird durch schriftliche Erklärung des Gewalthabers oder, wenn der Lehrling volljährig ist, des Lehrlings selbst, daß dieser zu einem anderen Gewerbe oder Beruf übergehen werde, das Verhältnis nach Ablauf eines Monats oder mit früherer Entlassung des Lehrlings beendigt; dann darf aber der Lehrling binnen neun Monaten nicht in ein anderes Geschäft als Handlungslehrling oder Handlungsgehilfe eintreten, widrigenfalls er und mit ihm der den Sachverhalt kennende neue Lehrherr oder Prinzipal dem ehemaligen Lehrherrn für Schadensersatz haftet (§ 78).

Literatur: Bloch, Kaufmännischer Lehrvertrag, 1898. K. Lehmann § 38. Cosack § 20.

§ 31. Handlungsagenten. Eine besondere Klasse der Kaufleute bilden die Handlungsagenten, deren bis dahin lediglich auf Gewohnheitsrecht beruhende Rechtsverhältnisse das neue HGB. geregelt hat.

1. Begriff. Handlungsagenten sind selbständige Kaufleute, die ständig damit betraut sind, für das Handelsgewerbe eines anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des anderen abzuschließen (§ 84). Der Handlungsagent ist nicht im Geschäft eines anderen als Gehilfe angestellt, allein er ist für das Geschäft eines anderen zur ständigen kaufmännischen Hilfsperson bestellt. Es ist möglich, daß er mehreren Geschäften dient. Fehlt aber die feste vertragsmäßige Verknüpfung mit dem Handelsgewerbe eines Geschäftsherrn, so macht der Betrieb sogenannter Agenturgeschäfte nicht zum „Handlungsagenten".

2. Begründung. Das Rechtsverhältnis des Handlungsagenten beruht auf einem mit dem Geschäftsherrn geschlossenen „Agenturvertrage". Dieser Vertrag, von dem bisher

sehr bestritten war, ob er Dienstvertrag, Werkvertrag oder teines von beidem (so RGer. b. Seuff. XLVIII Nr. 48) sei, ist seinem rechtlichen Wesen nach ein Dienstvertrag. Daher gelten für ihn, soweit nichts Besonderes bestimmt ist, die Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag.

3. Verhältnis zu Dritten. Im Verkehr mit Dritten tritt der Agent entweder bloß als Vermittler oder als Stellvertreter auf. Im letzteren Falle gelten die Regeln über die Handlungsvollmacht mit einzelnen Abweichungen. War der Agent nur zur Vermittlung ermächtigt, so wird, wenn er ein Geschäft im Namen des Geschäftsherrn abschließt, der Mangel der Vertretungsmacht nur durch dessen Genehmigung geheilt; allein die Genehmigung liegt schon im Schweigen, indem sie als erteilt gilt, wenn der Geschäftsherr nicht unverzüglich nach erlangter Kenntnis dem Dritten mitteilt, daß er das Geschäft ablehne (§ 85). Die vermutete gesetzliche Vollmacht des Agenten erstreckt sich auf die Entgegennahme von Mängelrügen und ähnlichen Erklärungen, dagegen nicht auf Annahme von Zahlungen und nachträgliche Bewilligung von Zahlungsfristen (§ 86). Ist aber der Handlungsagent als Handlungsreisender tätig, so hat er, da dem Publikum die Unterscheidung zwischen einem commis voyageur und einem Reiseagenten nicht zugemutet werden kann, die gleiche gesetzliche Vollmacht wie der reisende Handlungsgehilfe (§ 87).

4. Verhältnis zum Geschäftsherrn. Der Agent ist verpflichtet, die Interessen des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen und ihm die erforderlichen Nachrichten zu geben (§ 84). Als Vergütung kann er im Zweifel für jedes einzelne durch seine Tätigkeit zustande gebrachte Geschäft eine Provision in der vereinbarten oder üblichen (meist nach Prozenten bestimmten) Höhe beanspruchen. Die Provision ist jedoch nur verdient, wenn und soweit das Geschäft zur Ausführung gelangt (bei einem Verkauf die Zahlung eingegangen) ist; für ein nicht oder nur teilweise ausgeführtes Geschäft kann der Agent nur dann die volle Provision fordern, wenn der Geschäftsherr selbst ohne wichtige Gründe in der Person des Gegenkontrahenten die Ausführung vereitelt hat (§ 88). Die Abrechnung findet im Zweifel halbjährlich statt (§ 88 Abs. 4). Ist ein Agent für einen bestimmten Bezirk bestellt, so gebührt ihm die Provision im Zweifel auch von den hier ohne seine Mitwirkung geschlossenen Geschäften (§ 89). Neben der Provision kann er Ersatz der gewöhnlichen Auslagen und Kosten der Regel nach nicht fordern (§ 90). Bei der Abrechnung kann er vom Geschäftsherrn Mitteilung eines Buchauszuges über die Geschäfte, von denen ihm Provision gebührt, verlangen (§ 91).

5. Beendigung. Den auf unbestimmte Zeit eingegangenen Agenturvertrag kann jeder Teil mit sechswöchiger Frist zum Vierteljahrsschluß kündigen; vorzeitige einseitige Lösung des Verhältnisses ist stets aus einem wichtigen Grunde zulässig (§ 92). Abweichende Vertragsbestimmungen sind hier nicht beschränkt.

Literatur: Immerwahr, Das Recht der Handlungsagenten, 1900. K. Lehmann § 43. Gareis § 54. Cosack § 51.

§ 32. Die Handelsmäkler.

1. Im Mittelalter wurden von Städten oder Gilden besondere Personen zur Vermittlung von Handelsgeschäften angestellt und in eidliche Pflicht genommen. Sie hießen in Italien „Sensale" (wohl aus dem Arabischen), in Süd- und Mitteldeutschland „Unterkäufer", im Hansagebiet und in den Niederlanden „Makeler", in Frankreich „courtiers" (von cursores). Mehr und mehr wurde ihnen das ausschließliche Recht der Geschäftsvermittlung (unter Bestrafung der Winkel- oder Pfuschmäkler oder Bönhasen) beigelegt. Zugleich empfingen ihre Beurkundungen öffentlichen Glauben. Auch mit öffentlichen Versteigerungen und mit Kursfeststellungen wurden sie betraut. Allmählich wurden sie zu Staatsbeamten, wennschon die Organe des Handelsstandes bei ihrer Bestellung beteiligt blieben.

Das alte HGB., Art. 66—84, regelte die Rechtsverhältnisse dieser von ihm allein als „Handelsmäkler" oder „Sensale" bezeichneten vereidigten Mäkler, denen es die Stellung von Beamten wahrte und daher die Eigenschaft von Kaufleuten absprach. Es legte ihnen eine Fülle von Amtspflichten auf, insbesondere die völlige Enthaltung von eigenem Handelsbetrieb, die

persönliche Tätigkeit bei den Geschäftsabschlüssen und die Sorge für gehörige Beurkundung, und verlieh ihren Beurkundungen die Kraft öffentlicher Urkunden. Dagegen gewährte es ihnen kein Vermittlungsmonopol. Soweit ein solches landesrechtlich bestand, wurde es durch die Reichsgewerbeordnung beseitigt. Neben den „Handelsmäklern" kamen daher „Privathandelsmäkler" auf.

Die Einrichtung der vereidigten Mäkler erwies sich mehr und mehr als überlebt. Ihre amtliche Stellung geriet in Verfall. Manche Staaten (wie Baden, Hamburg, Bremen) stellten keine vereidigten Mäkler an. Das Börsengesetz beseitigte sie bereits für den Börsenhandel und ersetzte sie durch die „Kursmäkler", die nur bei der Mitwirkung zur Feststellung der Börsenkurse eine öffentliche Funktion haben, hinsichtlich ihrer Vermittlertätigkeit dagegen Kaufleute sind. Das neue HGB. hat das Institut der amtlichen Mäkler völlig abgeschafft. Es regelt aber die Rechtsverhältnisse der nunmehr als „Handelsmäkler" bezeichneten gewerblichen Handelsvermittler, für die es die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Mäkeleivertrag (BGB. §§ 652—656) im Anschluß an das bisherige Recht der amtlichen Mäkler abändert und ergänzt.

2. Begriff. Handelsmäkler ist ein gewerbsmäßiger Vermittler von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs für andere. Erforderlich ist, daß er nicht ständig von einem Kaufmann damit betraut ist; daß er vermittelt, nicht bloß Gelegenheit nachweist (anders BGB. § 652); daß er Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs (insbesondere Anschaffung oder Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiete) vermittelt. Andere Mäkelei, insbesondere Grundstücksmäkelei, Hypothekenmäkelei, Stellenvermittlung usw., macht nicht zum Handelsmäkler und fällt, auch wenn sie ein Handelsmäkler vornimmt, nicht unter das Recht der Handelsmäkelei (§ 93).

3. Rechtliche Stellung. Der Handelsmäkler ist Kaufmann und hat alle Rechte und Pflichten eines Kaufmanns. Er kann Vollkaufmann oder Minderkaufmann sein. In beiden Fällen aber liegt ihm als eine besondere öffentliche Berufspflicht, deren Verletzung mit Strafe bedroht ist, die ordnungsmäßige Führung und Aufbewahrung eines Tagebuchs ob, in das täglich alle abgeschlossenen Geschäfte einzutragen sind (§§ 100—103). Ist er Vollkaufmann, so hat er natürlich überdies Handelsbücher zu führen.

Eine besondere Stellung hat der die Vermittlung von Warengeschäften im Kleinverkehr besorgende Krämermäkler. Auf ihn finden die Vorschriften über Tagebücher und Schlußnoten keine Anwendung (§ 104). Im übrigen kann er Vollkaufmann oder Minderkaufmann sein und muß im ersteren Falle Handelsbücher führen.

4. Rechtsverhältnisse zu den Parteien. Der Handelsmäkler ist im Gegensatz zum Mäkler des bürgerlichen Rechts nicht der Diener einer Partei, sondern ein zwischen den Parteien stehender Vermittler. Diese Stellung, die früher auf seiner amtlichen Berufung beruhte, ist ihm nach Abstreifung der Beamteneigenschaft verblieben.

Der Handelsmäkler wird daher durch den Mäkeleivertrag nicht bloß seinem Auftraggeber, sondern auch demjenigen, mit dem er auf Grund des Auftrages in Verbindung tritt, verpflichtet. Er hat unparteiisch (als „ehrlicher Mäkler") mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die Interessen beider Parteien wahrzunehmen, und haftet jeder von ihnen für den durch sein Verschulden entstehenden Schaden (§ 98). Speziell ist er beiden Parteien zu gehöriger Beurkundung verpflichtet. Unverzüglich nach Abschluß eines Geschäftes muß er, sofern ihn nicht Abrede oder Ortsgebrauch entbindet, jeder Partei eine von ihm unterschriebene Schlußnote zustellen, welche die Parteien, den Gegenstand und die Bedingungen des Geschäfts (insbesondere Gattung und Menge der Waren, Preis, Lieferungszeit) enthält (§ 94 Abs. 1). Bei einem nicht sofort zu erfüllenden Geschäft muß er auch für die Unterschrift der Parteien sorgen und jeder Partei die von der anderen unterschriebene Schlußnote zustellen, von etwaiger Verweigerung der Unterschrift oder Annahme aber der anderen Partei sofort Anzeige machen (§ 94 Abs. 2—3). Eine Schlußnote, in der die Bezeichnung der anderen Partei vorbehalten wird („Aufgabe vorbehalten"), kann er keiner Partei aufdrängen; nimmt die Partei eine solche Schlußnote an, so muß sie sich die Bezeichnung einer einwandfreien Person als Gegenpartei in ortsüblicher oder angemessener Frist gefallen lassen, kann dagegen andernfalls den Mäkler selbst auf die Erfüllung des Geschäfts in Anspruch nehmen; nur muß sie dies bei

Verlust des Rechts dem Mäkler auf dessen Aufforderung unverzüglich erklären (§ 95). Der Mäkler muß überdies ihm übergebene Warenproben aufbewahren (§ 96) und jeder Partei auf Verlangen Auszüge aus seinem Tagebuch mitteilen (§ 101).

Anderseits ist der Handelsmäkler auch jeder Partei gegenüber berechtigt, indem er den vereinbarten oder ortsgebräuchlichen Mäklerlohn (Sensarie, Courtage) im Zweifel von jeder Partei zur Hälfte fordern kann (§ 99). Der Mäklerlohn ist nach altem Handelsgebrauch, der jetzt auch zur gesetzlichen Regel des bürgerlichen Rechts erhoben ist (BGB. § 652), nur verdient, wenn das Geschäft abgeschlossen oder das aufschiebend bedingte Geschäft unbedingt geworden ist. Für erfolglose Bemühungen hat er also nichts zu fordern; dagegen ist sein Anspruch nicht gleich dem des Handlungsagenten von der Ausführung des Geschäftes abhängig.

5. Vollmacht. Inwieweit der Mäkeleivertrag Vollmacht erteilt, richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Eine gesetzliche Vollmacht hat der Mäkler nicht. Insbesondere gilt er nicht als ermächtigt, Zahlungen und andere Leistungen in Empfang zu nehmen (§ 97).

Literatur: Laband, Z. f. HR. XX 1 ff. Goldschmidt, ebenda XXXVIII, 115 ff. F. Frensdorff, Der Makler im Hansagebiet (Göttinger Festschr. f. Regelsberger), 1902. Toebelmann, Beiträge zur Gesch. des Maklerrechts nach süddeutsch. Quelle, Z. f. HR. LXX 133 ff. Benkemann, Die Geschichte des Hamburger Mäklerrechts (in Beyerles Deutschr. Beitr. VII, 5), 1912. — Grünhut b. Endemann III 132 ff. Riesenfeld b. Gruchot XXXVI 790 ff., XXXVII 27 ff. Neubauer, Arch. f. b. R. VI 1 ff. K. Lehmann § 44. Gareis § 53. Cosack § 52.

Drittes Buch.

Handelsgesellschaftsrecht.

Erstes Kapitel.

Die Handelsvergesellschaftung im allgemeinen.

§ 33. Das besondere Handelsgesellschaftsrecht.

1. Geschichte. War schon im Altertum und insbesondere bei den Römern der Handel eine Haupttriebfeder der Vergesellschaftung, so bildeten sich doch besondere Formen der Handelsgesellschaft nicht aus. Das römische Sozietäts- und Korporationsrecht erfuhr zwar, wie es scheint, bei den Sozietäten der argentarii und der publicani (öffentlichen Pächter) einige Abwandlungen. Allein die Grundbegriffe blieben auch hier unverändert. Dabei ist zu erwägen, daß Großhandel und Großgewerbe einer umfassenderen und innigeren Vergesellschaftung freier Kräfte entbehren konnten, weil die Sklaverei die Erweiterung der Einzelsphäre durch Sklavenkräfte ermöglichte.

Im Mittelalter riefen Handel und Gewerbe mannigfache Vereinigungen hervor, in denen der germanische Assoziationstrieb sich betätigte, die germanischen Rechtsgedanken über Verbände verwertete und sie in eigenartigen Formen ausgestaltete. Durch die Aufnahme und Fortbildung des der familienrechtlichen Gemeinschaft entstammenden Prinzips der gesamten Hand entwickelten sich vertragsmäßig eingegangene Handelsgesellschaften zu eigentümlichen personenrechtlichen Gemeinschaften. Darüber hinaus gewann schon im Mittelalter durch Verwendung des in Gemeinde und Gilde herrschenden Prinzips der Genossenschaft die Handelsassoziation zum Teil ein körperschaftliches Gepräge.

In der Neuzeit erhielten sich gerade im Handelsrecht die aus germanischer Wurzel erwachsenen Vereinigungsformen und bewahrten gewohnheitsrechtlich ihre Eigenart auch dann und da, wenn und wo im bürgerlichen Recht die römischen Anschauungen durchdrangen. Mehr und mehr wurden dann die Besonderheiten des Handelsgesellschaftsrechts in Land- und Stadtrechten ausdrücklich anerkannt. Die modernen Handelsgesetzbücher endlich ordneten sämtlich

das Handelsgesellschaftsrecht in bewußtem Gegensatz zum römisch beeinflußten bürgerlichen Recht als einen Hauptbestandteil des kaufmännischen Sonderrechts.

In neuester Zeit sind die germanischen Grundgedanken auch außerhalb des Handelsrechts im Gemeinschafts- und Genossenschaftsrecht siegreich wieder vorgedrungen. Auch das BGB. hat sich ihnen nicht verschlossen. Allein wenn auch hiermit die Harmonie mit dem bürgerlichen Recht zurückgewonnen ist, so hat doch das Handelsgesellschaftsrecht seine besondere Struktur und Stellung behauptet. Nach wie vor finden hier die Prinzipien der gesamten Hand und der Genossenschaft eine eigentümliche und sehr intensive Ausprägung.

2. Begriff und Arten. Das alte HGB. widmete dem Handelsgesellschaftsrecht zwei Bücher, in deren einem (B. II) es sich mit den „Handelsgesellschaften" (HG.) beschäftigte, während es in dem anderen (B. III) „von der stillen Gesellschaft und von der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinsame Rechnung" handelte. Als HG. regelte es (Tit. 1) die „offene Handelsgesellschaft" (o. HG.), hierauf (Tit. 2) die „Kommanditgesellschaft" (KG.) und (Abschn. 2) als ihre Unterart die „Kommanditgesellschaft auf Aktien" (KG. a. A.), endlich (Tit. 3) die „Aktiengesellschaft" (AG.). Ihr gemeinsames Merkmal bestand darin, daß sie personenrechtliche Vereinigungen zum Betriebe eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma waren; das Unterscheidungsmerkmal der drei Grundformen lag in der Haftungsart, indem die Gesellschafter bei der o. HG. sämtlich unbeschränkt, bei der KG. teils unbeschränkt, teils beschränkt, bei der AG. sämtlich beschränkt haften. Die im dritten Buch zusammengefaßten Gebilde der „stillen Gesellschaft" (st. G.) (Tit. 1) und der sog. „Gelegenheitsgesellschaft" (Tit. 2) stimmten darin überein, daß sie firmenlose handelsrechtliche Gesellschaftsverhältnisse rein obligationenrechtlicher Struktur waren.

Die spätere Gesetzgebung verschob den Begriff der HG. Indem das RG. vom 11. Juni 1870 die AG. und die KG. a. A. unabhängig vom Gegenstande ihres Unternehmens für HG. erklärte, beseitigte es das Merkmal des Betriebes eines Handelsgewerbes als Begriffsmerkmal der HG. Als eine gleichfalls nicht durch Handelsgewerbebetrieb bedingte neue Form der HG. wurde durch RG. vom 20. April 1892 die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (G. m. b. H.) geschaffen. Daneben waren schon vorher die eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (e. G.) als den HG. verwandte Verbände mit kaufmännischer Firma ausgestaltet worden, bei denen das RG. vom 4. Juli 1868 allen Mitgliedern eine unbeschränkte Haftung auferlegte, das RG. vom 1. Mai 1889 aber verschiedene Haftungsarten zuließ.

Das neue HGB. hat die KG. a. A. aus einer Unterart der KG. in eine Nebenform der AG. verwandelt und die Gelegenheitsgesellschaft gestrichen. Es widmet dem Handelsgesellschaftsrecht nur noch ein Buch (II). In den ersten vier Abschnitten regelt es als „Handelsgesellschaften" die o. HG., KG., AG. und KG. a. A. Im fünften Abschnitt handelt es von der st. G., die eines eigenen Buches nicht würdig schien, um deretwillen aber, da sie keine HG. ist, die Überschrift des Buches nun lautet: „Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft". Die G. m. b. H. und die e. G. haben ihre Stellung behalten; nur in einzelnen Punkten sind die sie betreffenden Spezialgesetze durch das EG. zum HGB. abgeändert.

Nach geltendem Recht umfaßt somit der Begriff der „Handelsgesellschaft" die personenrechtlichen Vereinigungen mit gemeinschaftlicher Firma, die entweder wegen der Art ihres Gewerbetriebes oder wegen der Form ihrer Organisation als Kaufleute gelten. Als besondere handelsrechtliche Gesellschaft rein obligationenrechtlicher Struktur besteht daneben nur noch die stille Gesellschaft.

3. Wesen. Während die ältere Jurisprudenz das rechtliche Wesen der Handelsgesellschaften nicht scharf ins Auge faßte, vielmehr auf sie die nach Bedürfnis zurechtgestutzten allgemeinen Begriffe des Gesellschaftsrechts anwandte, schlug die neuere Theorie weit auseinanderführende Wege ein. Die romanisierende Richtung (bes. Thöl, Gerber, v. Hahn) machte Ernst mit der Zugrundelegung des rein obligationenrechtlichen Begriffes der römischen societas und behalf sich mit allerlei den Kern nicht berührenden Modifikationen. Mehr und mehr jedoch sprang sie bei der AG. zur römischen universitas über. In vollem Gegensatze hierzu führte eine spezifisch handelsrechtliche Richtung nach französischem Vorbild bei jeder Handelsgesellschaft den Begriff einer besonderen gesellschaftlichen Persönlichkeit durch (so Schiebe, Randa, Endemann, v. Völderndorff, Eccius, Kohler). Von anderer

Seite her suchte man das Wesen der Handelsgesellschaften in erster Linie aus der Struktur des Gesellschaftsvermögens als Zweckvermögen oder Sondervermögen zu erklären (so Kuntze, Dietzel, Rösler, Bekker, zum Teil auch Laband). Die Erneuerer der germanistischen Verbandsauffassung (zuerst Beseler und Bluntschli) führten die deutschrechtlichen Begriffe der gesamten Hand und der Genossenschaft in das Handelsrecht ein und brachen endlich der Auffassung Bahn, daß die Handelsgesellschaften teils Gesellschaften, teils Körperschaften, allein in dem einen Falle Gesellschaften mit einer durch die gesamte Hand vermittelten Personeneinheit, in dem anderen Falle Körperschaften mit einer durch die Genossenschaft bewirkten sonderrechtlichen Beteiligung der Mitglieder seien. Auf diese Weise wahrten sie sämtlichen Handelsgesellschaften das gemeinsame Merkmal der personenrechtlichen Gemeinschaft und machten es verständlich, wie hier trotz des begrifflichen Gegensatzes Gesellschaften und Körperschaften im Leben sich einander nähern und nicht nur unter einem Gattungsnamen zusammengefaßt, sondern auch mit ähnlichen Mitteln stufenweise aufgebaut werden können.

Für das heutige deutsche Recht ist die Lösung der Frage nach dem rechtlichen Wesen der Handelsgesellschaften dadurch in feste Bahnen gewiesen, daß sie unter die Grundtypen des bürgerlichen Rechtes fallen und subsidiär den Vorschriften des BGB. unterworfen sind. Die o. HG. ist eine Gesellschaft, deren Sonderrecht durch das Recht der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes ergänzt wird (§ 105 Abs. 2), sich aber von diesem durch eine ungleich stärkere Ausprägung der gesamten Hand unterscheidet. Die KG. ist eine Abart der o. HG. (§ 161 Abs. 2). Dagegen sind die AG., die KG. a. A., die G. m. b. H. und die e. G. rechtsfähige Vereine (§ 6 Abs. 2), für die zwar ein im wesentlichen erschöpfendes Sonderrecht gilt, auf die jedoch in Ermangelung besonderer Bestimmungen die Vorschriften des BGB. über Vereine Anwendung finden. Als Vereine sind sie, auch wenn sie Gesellschaften heißen, juristische Personen, aber juristische Personen mit besonders stark ausgeprägter genossenschaftlicher Struktur. Sie zerfallen wieder in zwei Gruppen, indem die AG., die KG. a. A. und die G. m. b. H. als Kapitalgenossenschaften erscheinen, während die e. G. den Charakter der wirtschaftlichen Personalgenossenschaft wahrt.

Durchaus abweichend vom Wesen der Handelsgesellschaft ist das Wesen der stillen Gesellschaft, die ein Gesellschaftsvertrag mit Ausschaltung der gesamten Hand ist. Sie gehört an sich überhaupt nicht in das Handelspersonenrecht, sondern lediglich ins Handelsobligationenrecht. Doch ist von ihr des geschichtlichen Zusammenhanges wegen im Anschluß an die Kommanditgesellschaft zu handeln.

Literatur: Rösler, Z. f. HR. IV 252 ff. Bekker, ebenda S. 500 ff. Gierke, Genossenschaftsr. I 965 ff., II 936 ff. Endemann, Die Entwicklung der HG., 2. Aufl. 1872. Renaud, Über die HG., 1872. Lastig, Z. f. HR. XXIV 387 ff. Endemann, Studien I 341 ff. F. A. G. Schmidt, Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtrechtsquellen des MA. (Unters. z. d. St. u. RG. H. XV), 1883. M. Weber, Zur Geschichte der HG. im MA., 1889. Pappenheim, Z. f. HR. XXXVI 85 ff., XXXVII 255 ff. Goldschmidt, UG. I 253 ff. K. Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts, 1894. Rehme, Z. f. HR. XLII 367 ff. Hacman, ebenda LXVIII 439 ff., LXIX 47 ff. Auerbach, Das Gesellschaftswesen, 1861. Strey, Das deutsche Handelsgesellschaftsrecht, Abt. I, 1873. Lastig b. Endemann I 310 ff. Kuntze, Z. f. HR. VI 177 ff. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887. Laband, Z. f. H. XXX 469 ff., XXXI 1 ff. Schlodtmann, ebenda XXXVII 456 ff. Goldschmidt, Alte und neue Formen der HG., 1892. Thöl I §§ 87 ff. Behrend I §§ 61 ff. Gierke, Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht, Arch. f. b. R. XIX 114 ff. K. Lehmann § 54 ff. Gareis § 23 ff. Cosack §§ 188 ff.

§ 34. Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts für Handelszwecke. Eine Gesellschaft, die weder Handelsgesellschaft noch stille Gesellschaft ist, ist auch dann, wenn sie Handelszwecke verfolgt, eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

Dies gilt namentlich für jede Gesellschaft, deren Zweck nicht im Betriebe eines Handelsgewerbes, sondern nur in der Vornahme einzelner Handelsgeschäfte für gemeinsame Rechnung besteht (z. B. Konsortien und Unterkonsortien, Spekulationsgesellschaften usw.). Die besonderen Regeln, die das alte HGB. für die sog. Gelegenheitsgesellschaft aufstellte, sind weggefallen. Mit zwei Ausnahmen (Vorverzinsung der Einlagen mit 6 v. H. nach Art. 268 und aktive Korrealität nach Art. 269 Abs. 2) sind sie in das gemeine Recht übergegangen.

Aber auch eine auf gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtete Gesellschaft ist dann eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, wenn das Handelsgewerbe das eines Minderkaufmanns ist. Eine solche Gesellschaft kann durch Vertrag einer o. HG. oder KG. angenähert, niemals aber angeglichen werden.

Ebenso bleibt ein Verein, der nicht schon seiner Form wegen Kaufmannseigenschaft hat, auch dann ein Verein des bürgerlichen Rechts (oder etwa, wie die Gewerkschaft, eines nichtkaufmännischen Sonderrechts), wenn er ein Handelsgewerbe betreibt. Dies gilt auch für den nicht rechtsfähigen Verein.

Literatur: Über die Gelegenheitsgesellschaft vgl. Lastig in Endemanns Handb. I § 143; Renaud, Das Recht der stillen Gesellschaft und der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinsame Rechnung, 1885, S. 191 ff. (von Laband); Goldschmidt, Z. f. HR. XV 299 ff.; Böhlau, ebenda XVIII 404 ff.; Sydow, ebenda XIX 426 ff. — Ferner: P. Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem BGB., 1901. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 2. Aufl. 1902. Cosack § 229.

Zweites Kapitel.

Die offene Handelsgesellschaft.

§ 35. Begriff, Geschichte und Wesen.

1. Begriff. Die o. HG., die auch Kollektivgesellschaft (so Schweiz. OR. Tit. 24) oder Maskopei genannt wird, ist die Urform der eigentlichen HG. Sie liegt vor, sobald bei einer Gesellschaft, deren Zweck in dem Betriebe eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma besteht, die Haftung keines Gesellschafters beschränkt ist (§ 105 Abs. 1).

2. Geschichte. Die o. HG. entstand mit dem Aufblühen des Handels in den mittelalterlichen Städten aus familienrechtlicher Wurzel. Zuerst pflegten wohl Brüder, die das ererbte Geschäft gemeinsam fortführten, die unter ihnen bestehende Gemeinschaft zur gesamten Hand den Bedürfnissen des Handelsverkehrs anzupassen. Dann aber wurde bei der Aufnahme eines Sohnes in das Geschäft und bald auch unter Fremden eine ähnliche Gemeinschaft begründet. Mit der Ersetzung des Familienbandes durch das Vertragsband war die o. HG. geboren. Schon im Mittelalter breitete sie sich weit aus und gewann im wesentlichen ihre heutige Gestalt. Der Gebrauch einer Kollektivmarke und eines Kollektivnamens, die fortschreitende Sonderung des Gesellschaftsvermögens vom Privatvermögen der Teilhaber, die Ausbildung einer eigenartigen gesellschaftlichen Vertretung und vor allem die Ergänzung der Gesamthaftung durch eine allmählich immer mehr verschärfte Sonderhaftung jedes Gesellschafters waren die wichtigsten Entwicklungsmomente. Auf dieser geschichtlichen Grundlage wurde das Recht der o. HG. in den neueren Handelsgesetzbüchern geregelt. Im alten HGB. fand es eine erschöpfende Normierung. Das neue HGB. stellt nur zahlreiche besondere Rechtssätze für die o. HG. auf und verweist im übrigen auf das bürgerliche Gesellschaftsrecht (§ 105 Abs. 2). Sachlich ist hiermit eine wesentliche Änderung nicht eingetreten, da die ergänzenden Vorschriften des BGB. in der Hauptsache mit den beseitigten Vorschriften des alten HGB. übereinstimmen.

3. Wesen. Die o. HG. ist eine Gesellschaft. Sie ist so wenig wie die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts eine juristische Person. Allein sie ist eine Gesellschaft, bei der das Prinzip der gesamten Hand in stärkerem Maße durchgeführt ist als bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Als ständige Vereinigung für gemeinsamen Handelsgewerbebetrieb schlingt sie ein festeres und innigeres personenrechtliches Band. Ihre durch einen besonderen Namen gekennzeichnete Personeneinheit ist nach außen und nach innen kräftiger entwickelt. Im Zusammenhange hiermit ist ihr Gesellschaftsvermögen ein strenger geschlossenes Sondervermögen. Auf der anderen Seite aber ergreift und bindet sie in energischerer Weise die Einzelpersönlichkeit, indem sie für jeden Gesellschafter eine unbeschränkte und unbeschränkbare Sonderhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern begründet.

In diesem Haftungsverhältnis liegt der Wesensunterschied der o. HG. von allen anderen Typen der HG. Jeder Gesellschafter setzt hier notwendig seine ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit für den Gesellschaftszweck ein. Er trägt außerdem regelmäßig Kapital und Arbeit

oder doch eines von beiden bei. Allein das Wesentliche bleibt die Beisteuer des Personalkredits. Darum ist die o. HG. einerseits im Gegensatz zu den handelsrechtlichen Vereinen an die Individualität der Teilnehmer geknüpft, anderseits im Gegensatz zu den kapitalistischen Gemeinschaften durchweg als Personalgesellschaft konstruiert.

Literatur: Die zu § 33 angeführten Schriften. Ferner Treitschke, Die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft und von Kommanditen, 2. Aufl. 1844. Lastig bei Endemann I §§ 80—95. Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften, 1881 (darin auch das Recht der o. HG.). Behrend §§ 63—84. T. Hergenhahn und F. Tuchatsch, Die o. HG., 1894. K. Lehmann §§ 55—64. Cosack §§ 190—198.

§ 36. Errichtung. Die o. HG. entsteht durch den Abschluß eines auf den Betrieb des Handelsgewerbes eines Vollkaufmanns unter gemeinsamer Firma gerichteten Gesellschaftsvertrages, falls keine andere Gesellschaftsart vereinbart ist. Ein Gesellschaftsvertrag ist notwendig; daher werden z. B. Miterben, die ein Handelsgewerbe fortführen, erst durch Vertragsschluß aus einer Erbengemeinschaft zur o. HG. Der Vertrag ist aber formfrei. Doch bedarf die Vereinbarung der Einbringung von Grundstücken gerichtlicher oder notarieller Beurkundung (anders nach altem HGB. Art. 85 Abs. 2).

Die o. HG. ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Anmeldung ist durch sämtliche Gesellschafter zu bewirken und erstreckt sich auf Name, Stand und Wohnort jedes Gesellschafters, auf Firma, Sitz und Geschäftsbeginn der Gesellschaft und auf Veränderungen in den eingetragenen Tatsachen (§§ 106—108).

Das rechtliche Dasein der o. HG. ist durch die Eintragung nicht bedingt. Nur in den Fällen, in denen ein Gewerbe erst durch Eintragung zum Handelsgewerbe wird (§ 2), wird auch eine Gesellschaft, die ein solches Gewerbe betreibt, erst durch Eintragung zur o. HG.

Die Wirksamkeit der o. HG. tritt im Verhältnis der Gesellschafter untereinander nach dem Vertrage, im Verhältnis zu Dritten aber unabhängig von abweichenden Vereinbarungen spätestens mit der Eintragung und, sofern nicht die Existenz der o. HG. von der Eintragung abhängt, schon vorher mit der tatsächlichen Geschäftseröffnung ein (§ 123).

§ 37. Äußere Rechtsverhältnisse.

1. Die Gesellschaft als Ganzes ist nach außen eine unter ihrer Firma handlungs- und rechtsfähige kaufmännische Personeneinheit.

a) Handlungsfähigkeit. Die o. HG. kann unter ihrer Firma einheitlich handeln; sie kann rechtsgeschäftliche, prozessuale und selbst unerlaubte Handlungen vornehmen. Hierbei ist möglich und unter Umständen (z. B. zu einer Schenkung oder Stiftung) erforderlich, daß alle Gesellschafter insgesamt unter der Firma auftreten. Andererseits kann ein Prokurist oder Bevollmächtigter als Stellvertreter der o. HG. wie des Einzelkaufmanns handeln. Vor allem aber beruht die Handlungsfähigkeit der o. HG. auf der schon seit dem Mittelalter ausgebildeten eigenartigen Vertretung der Gesellschaft durch den Gesellschafter. Diese gesellschaftliche Vertretung ist zwar keine Organschaft. Sie ist aber auch keine auf Vollmacht (praepositio institoria mutua) beruhende Stellvertretung, bei der ein Gesellschafter für die anderen und somit zugleich in eigenem und in fremdem Namen handelte. Vielmehr ist sie eine in der personenrechtlichen Verbundenheit wurzelnde Darstellung der Personeneinheit durch einen ihrer Mitträger. Der vertretende Gesellschafter handelt als Gesellschafter im Namen der von ihm mitgebildeten Gesellschaft. Jede Handlung, die er innerhalb seiner Vertretungsmacht unter der Firma oder erkennbar für die Firma vornimmt, wirkt ebenso, als hätten alle Gesellschafter insgesamt gehandelt.

Die Befugnis zur gesellschaftlichen Vertretung steht an sich jedem Gesellschafter zu; jeder Gesellschafter ist ohne besondere Ermächtigung zugleich „vertretungsbefugter" oder „firmierender" Gesellschafter. Durch den Gesellschaftsvertrag können aber Abweichungen von der gesetzlichen Regel bestimmt werden, die dann ins Handelsregister einzutragen sind. Die Vertretungsmacht kann einem oder auch jedem Gesellschafter entzogen werden. Sie kann auch durch Schaffung einer „Gesamtvertretung" mehreren oder allen Gesellschaftern nur gemeinschaftlich oder einem Gesellschafter nur zusammen mit einem Prokuristen gewährt werden,

wobei dann aber die vertretungsbefugte Gesamtheit zur Ermächtigung einzelner Mitvertreter für einen Geschäftskreis und ohne weiteres jeder Mitvertreter zur Empfangnahme von Willenserklärungen befugt bleibt (§ 125). Aus einem wichtigen Grunde kann einem Gesellschafter die Vertretungsmacht auch wider seinen Willen auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden (§ 127).

Ihrem Umfange nach ist die gesellschaftliche Vertretungsmacht unbeschränkt und unbeschränkbar (§ 126). Sie erstreckt sich im Gegensatz zur Prokura auch auf die Veräußerung und Belastung von Grundstücken und auf die Erteilung oder den Widerruf einer Prokura. Doch enthält auch sie nur die Ermächtigung zu solchen Handlungen, die in den Rahmen eines Handelsgewerbes fallen, daher z. B. nicht zur Veräußerung des Geschäfts im ganzen oder zu einer reinen Schenkung. Auch zur Eidesleistung müßten alle Gesellschafter berufen werden; die Praxis begnügt sich aber mit dem Eide sämtlicher vertretungsbefugter Gesellschafter. Jede Beschränkung ist Dritten gegenüber unwirksam; die Vertretungsmacht kann nur ganz entzogen oder ganz belassen werden. Doch ist hier wie bei der Prokura die Beschränkung auf eine von mehreren Niederlassungen mit verschiedenen Firmen zulässig.

b) Rechtsfähigkeit. Die o. HG. kann unter ihrer Firma Rechte mit Einschluß des Grundeigentums erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, sowie vor Gericht klagen und verklagt werden (§ 124 Abs. 1). Sie ist also nicht nur rechts- und parteifähig, sondern besitzt auch in ihrem einheitlichen kaufmännischen Namen ein formelles Ausdrucksmittel für ihre kollektive Rechtssubjektivität. Steht ihr Eigentum oder sonstiges dingliches Recht an einem Grundstück zu, so genügt die Eintragung der Firma in das Grundbuch; das Grundbuch bleibt dann richtig, wenn auch die Teilhaber wechseln. Ebenso ist zur Bezeichnung der Partei im Prozeß die Firma ausreichend; ein Wechsel der Teilhaber ist dann für die Parteiidentität bedeutungslos (Seuff. XLVII Nr. 59). Die Rechtsfähigkeit der o. HG. beschränkt sich nicht auf Vermögensverhältnisse Doch ist sie unfähig zu einer Rechtsstellung, die selbständige Persönlichkeit fordert. So kann sie nach richtiger Ansicht nicht persönlich haftende Gesellschafterin sein (RGer. XXXVI Nr. 36, Seuff. XLVI Nr. 205).

Die der o. HG. unter ihrer Firma zustehenden Vermögensrechte und Vermögenspflichten bilden das Gesellschaftsvermögen, dessen Subjekt die jeweiligen Gesellschafter in ihrer Personeneinheit sind. Das Gesellschaftsvermögen ist Dritten gegenüber bis zur etwaigen Beschlagnahme freies, nicht gebundenes Vermögen, über das die Gesamthänder beliebig verfügen, das sie daher auch mindern oder völlig aufteilen können. Allein es ist, solange es besteht, Dritten gegenüber ein vom übrigen Vermögen der Teilhaber abgesondertes und in sich geschlossenes Sondervermögen, das in erster Linie zur Deckung der ihm zugehörigen Schulden bestimmt ist.

Die Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens ist im BGB. allgemein anerkannt und bildet daher nicht mehr, wie nach dem alten HGB., eine Eigentümlichkeit des Handelsgesellschaftsvermögens. Der Satz, daß die Aufrechnung zwischen Gesellschaftsforderungen und Forderungen gegen einen Gesellschafter ausgeschlossen ist (HGB. Art. 121), gilt jetzt für jede Gesellschaft (BGB. § 719 Abs. 2). Ebenso sind die Bestimmungen, die das Gesellschaftsvermögen dem Zugriff des Gläubigers eines Gesellschafters entzogen (HGB. Art. 119 bis 120), zu gemeinem Recht erhoben; der Gläubiger eines Gesellschafters kann, solange die Gesellschaft besteht, nur dessen sonderrechtlichen Anspruch auf einen Gewinnanteil pfänden (BGB. § 725 Abs. 2). Allein die Geschlossenheit des Handelsgesellschaftsvermögens ist stärker als die des gewöhnlichen Gesellschaftsvermögens geblieben. Sie besteht nicht nur gegenüber dem Einzelvermögen, sondern auch gegenüber sonstigem Gemeinschaftsvermögen der Teilhaber. Somit kann z. B. gegen die Forderung einer o. HG. auch eine Forderung nicht aufgerechnet werden, die gegen sämtliche Gesellschafter als Miterben oder gegen eine aus denselben Personen bestehende andere o. HG. (ein Fall, der scharf von dem Betriebe mehrerer Geschäfte durch dieselbe o. HG. unterschieden werden muß) begründet ist. Ferner ist zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen, zu der nach bürgerlichem Recht ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil genügt (ZPO. § 736), hier ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich (HGB. § 124 Abs. 2). Sodann kann der Gläubiger eines Gesellschafters hier nicht, wie nach bürgerlichem Recht, den Anteil des Schuldners am Gesell-

schaftsvermögen als Ganzem pfänden (ZPO. § 859) und behufs Realisierung der Pfändung die Gesellschaft ohne Kündigungsfrist kündigen (BGB. § 725 Abs. 1), sondern nur nach erfolgloser Zwangsvollstreckung in das sonstige bewegliche Vermögen des Schuldners dessen gesellschaftlichen Auseinandersetzungsanspruch im Wege der Pfändung sich überweisen lassen und hierauf die Gesellschaft mit sechsmonatiger Frist zum Ende des Geschäftsjahrs kündigen (HGB. § 135). Endlich findet über das Vermögen der o. HG. ein (bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nach richtiger Ansicht ausgeschlossener) besonderer Konkurs statt, durch dessen Eröffnung das Gesellschaftsvermögen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger behufs abgesonderter Befriedigung gebunden wird (KonkO. §§ 198—200, altes HGB. Art. 122).

2. Die Gesellschafter als einzelne sind in der o. HG. mitenthalten und treten nach außen in ihr als Mitprinzipale auf, so daß jeder von ihnen Kaufmann ist, keiner von ihnen im Gesellschaftsprozeß Zeuge sein kann (RGer. V Nr. 16), der böse Glaube eines von ihnen die Gesellschaft bösgläubig macht, die Ausländereigenschaft auch nur eines von ihnen den Schiffen der Gesellschaft das Recht zur Führung der Reichsflagge entzieht (RG. v. 22. Juni 1899 § 2) usw.

Die Rechte der o. HG. kann trotzdem gemäß dem Gesamthandsprinzip der einzelnen Gesellschafter niemals, weder ganz noch anteilsweise, für sich geltend machen.

Alle Verbindlichkeiten der o. HG. aber sind nicht nur Gesamtverbindlichkeiten, sondern zugleich Sonderverbindlichkeiten jedes Gesellschafters. Denn unmittelbar aus der Eigenschaft als offener Gesellschafter ergibt sich eine Dritten gegenüber nicht wegzubedingende persönliche Haftung für die Gesellschaftsschulden (§ 128), die auch jeden neuen Gesellschafter in Ansehung älterer Gesellschaftsschulden rechtsnotwendig ergreift (§ 130). Diese Haftung ist direkt, solidarisch, unbeschränkt und prinzipal. Der Gesellschaftsgläubiger kann also nach freier Wahl statt oder neben der o. HG. unter ihrer Firma den einzelnen Gesellschafter angreifen. Nur während eines Gesellschaftskonkurses wird, wenn zugleich der Konkurs über das Privatvermögen eines Gesellschafters eröffnet ist, dessen Sonderhaftung in bloße Ausfallshaftung verwandelt (KonkO. § 201; nach altem HGB. Art. 122 auch ohne Eröffnung des Privatkonkurses).

Die neben der Haftung aller zu gesamter Hand stehende gesamtschuldnerische Haftung der einzelnen ist eine gesellschaftliche Sonderhaftung. Um ihrer gesellschaftlichen Natur willen kann der Gesellschafter einerseits Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, nur insoweit geltend machen, als sie auch von der Gesellschaft erhoben werden könnten, anderseits einredeweise sich auf ein der Gesellschaft zustehendes Anfechtungsrecht oder Aufrechnungsrecht berufen (§ 129 Abs. 1—3). Weil aber seine Haftung Individualhaftung ist, kann er auch in seiner Person begründete Einwendungen (z. B. die Einrede des Erlasses oder der Stundung oder den Einwand der Aufrechnung mit einer eigenen Forderung) geltend machen und braucht daher die Zwangsvollstreckung in sein Vermögen auf Grund eines nur gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils nicht zu dulden (§ 129 Abs. 4; ebenso gegen Wach, Cosack u. a. schon die frühere Praxis). Doch genügt die Tatsache der rechtskräftigen Verurteilung der Gesellschaft zur Begründung der Klage gegen jeden Gesellschafter.

Literatur: v. Gorski, Geschäftsführung und Vertretung bei der o. HG., 1888. Römer, Abh. I 149 ff. v. Hahn, Z. f. HR. XXIII 630 ff. Goldschmidt, ebenda XXVII 35 ff. Wach, Handb. des Zivilproz. I 522 ff., Z. f. Zivilproz. IX 433 ff. Eccius, Z. f. HR. XXXII 1 ff. Sommer b. Gruchot XXX 358 ff. F. Milch, Die Haftung für die Schulden der o. HG., 1892. Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 266 ff. Pollitzer, Z. f. HR. LXIX 313 ff.

§ 38. Innere Rechtsverhältnisse. Im Verhältnis der Gesellschafter zueinander gelten in zwiefacher Hinsicht andere Grundsätze, als sie der Ordnung der äußeren Rechtsverhältnisse zugrunde liegen. Einmal ist hier die Vertragsfreiheit, die nach außen geringen Spielraum hat, grundsätzlich anerkannt, so daß die gesetzlichen Regeln nur subsidiär anzuwenden sind (§ 109). Sodann überwiegt hier, während nach außen die Einheit der Gesellschaft im Vordergrunde steht, das Sonderrecht der Gesellschafter, ohne daß freilich ein ungesonderter Gesamtbereich fehlte, in dem die Personeneinheit auch nach innen wirksam wird.

1. Willensgemeinschaft. Als personenrechtliche Gesellschaft erzeugt die o. HG. eine ständige Willensverbundenheit.

a) Die gesellschaftliche Willensbildung erfolgt durch Beschlußfassung. Ein Gesellschaftsbeschluß ist zu allem erforderlich, was nicht zur laufenden Geschäftsführung gehört (§ 116 Abs. 2). Er bedarf der Einstimmigkeit aller (oder doch, wenn er sich gegen einen Gesellschafter richtet, aller übrigen) Gesellschafter; ist Entscheidung mit Stimmenmehrheit vereinbart, so wird im Zweifel nach Köpfen gestimmt (§ 119).

b) Die gesellschaftliche Willensausführung erfolgt durch Geschäftsführung. Zur Geschäftsführung ist an sich jeder Gesellschafter berechtigt und verpflichtet (§ 114 Abs. 1). Der Gesellschaftsvertrag kann sie jedoch einem oder mehreren Gesellschaftern unter Ausschluß der übrigen übertragen (§ 114 Abs. 2). Auch kann er sie mehreren Gesellschaftern zu gesamter Hand überweisen. Ebenso kann er sie beliebig beschränken oder verteilen. Aus einem wichtigen Grunde kann die Geschäftsführung einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen gerichtlich entzogen werden (§ 117).

Die Geschäftsführung erstreckt sich auf alle Handlungen, die der Betrieb des Handelsgewerbes dieser Gesellschaft gewöhnlich mit sich bringt (§ 116 Abs. 1). An Gesellschaftsbeschlüsse ist sie gebunden. Darüber hinaus bestehen gesetzliche Schranken.

Im Zweifel ist jeder geschäftsführende Gesellschafter als Einzelgeschäftsführer befugt, für sich allein zu handeln, muß aber die Handlung unterlassen, wenn ein anderer geschäftsführender Gesellschafter widerspricht. Ist Gesamtgeschäftsführung vereinbart, so bedarf es zu jeder Handlung der Zustimmung der Mitgeschäftsführer, es sei denn, daß Gefahr im Verzuge ist. Die Erteilung einer Prokura darf, wenn nicht Gefahr im Verzuge ist, immer nur mit der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter erfolgen. Zum Widerruf einer Prokura ist umgekehrt stets jeder auch nur mitgeschäftsführende Gesellschafter befugt (§§ 115, 116 Abs. 3).

Jedem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter steht ein Aufsichtsrecht und zu diesem Behuf das Recht jederzeitiger persönlicher Kenntnisnahme und Einsicht in die Geschäftsbücher zu; vertragsmäßige Einschränkungen fallen bei begründetem Verdacht unredlicher Geschäftsführung weg (§ 118)

c) Der Gesellschafter muß sich jedes nicht etwa von den Mitgesellschaftern genehmigten Konkurrenzbetriebes im Handelszweige der Gesellschaft enthalten und darf auch nicht an einer anderen gleichartigen Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnehmen; verletzt er diese Pflicht, so hat die Gesellschaft gegen ihn gleiche Ansprüche wie der Prinzipal gegen den pflichtwidrig handeltreibenden Handlungsgehilfen (§ 113).

2. Vermögensgemeinschaft. Die o. HG. begründet eine Vermögensgemeinschaft, die sich in der Bildung und dem Genuß des den Gesellschaftern zu gesamter Hand zustehenden Gesellschaftsvermögens betätigt. Das Gesellschaftsvermögen bildet sich durch die Beiträge der Gesellschafter, den Erwerb aus Geschäftsführung, den inneren Zuwachs und die Surrogate (BGB. § 718). Auch die Forderung auf rückständige Beiträge gehört nach richtiger Ansicht zum Gesellschaftsvermögen.

a) Beiträge. Die Beitragspflicht der Gesellschafter richtet sich nach dem Vertrage und subsidiär nach den Vorschriften des BGB. (§§ 706, 707). Im Zweifel sind gleiche, möglicherweise aber ungleiche und selbst ungleichartige (vielleicht auch nur in Diensten bestehende) Beiträge zu leisten. Zur Erhöhung des vereinbarten Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ist ein Gesellschafter nicht verpflichtet. Sind Sachen beizutragen, so kann Vergemeinschaftung des Eigentums oder nur des Gebrauchs bedungen sein. Bei vertretbaren und verbrauchbaren Sachen aber spricht stets, bei anderen Sachen dann, wenn sie nach einer nicht bloß der Gewinnberechnung wegen aufgestellten Schätzung beizutragen sind, eine Vermutung dafür, daß das Eigentum vergemeinschaftet werden soll. Die Überführung des geschuldeten Beitrages in das Gesellschaftsvermögen (Einbringung, Illation) fordert eine der Beschaffenheit des Gegenstandes entsprechende Übertragung auf die Gesellschaft, also bei Grundstücken Auflassung und Eintragung, bei beweglichen Sachen Übergabe, bei Rechten Abtretung usw. Diese Übertragung hat sich kraft des Gesamthandprinzips auf den ganzen Gegenstand, nicht etwa, wie bei der römischen Sozietät, nur auf einen Bruchteil zu richten. Darum ist auch, wenn

ein Grundstück schon im Miteigentum der Gesellschafter steht, die Auflassung durch die Gesellschafter an die o. HG. erforderlich.

b) Ersatzleistungen. Außer dem Beitrage schuldet der Gesellschafter der Gesellschaft die Herausgabe alles dessen, was er für sie erlangt hat, und, sofern er nicht die gleiche Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten angewendet hat (BGB. § 708), Ersatz des verschuldeten Schadens. Eine handelsrechtliche Besonderheit besteht darin, daß er jedenfalls rückständige Geldeinlagen, nicht rechtzeitig zur Gesellschaftskasse abgelieferte Gesellschaftsgelder und unbefugt aus der Gesellschaftskasse entnommenes Geld verzinsen muß (§ 111).

Andererseits hat er weitergehende Ersatzansprüche als ein gewöhnlicher Beauftragter. Denn er kann von der Gesellschaft Ersatz für alle Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, und für Verluste, die er unmittelbar durch die Geschäftsführung oder aus einer mit ihr untrennbar verbundenen Gefahr (z. B. Unfall auf einer Geschäftsreise) erleidet, sowie Verzinsung für aufgewendetes Geld verlangen (§ 110). Einen Anspruch auf Entlohnung seiner Arbeit als Geschäftsführer hat er nur im Falle besonderer Vereinbarung.

c) Anteile. Da das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu gesamter Hand gehört, steht jedem Gesellschafter daran ein Anteil, jedoch ein unausgeschiedener und gebundener Anteil zu. Dieser Anteil ist bei der o. HG. als ein durch einen Geldbetrag ausgedrückter Wertanteil am Vermögen als Ganzem ausgestaltet und wird daher im HGB. als „Kapitalanteil" bezeichnet. Er gewährt nicht nur während des Bestandes der G. kein Bruchteilsrecht an den einzelnen Gegenständen, sondern auch nach Auflösung der G. keinen Anspruch auf Naturalteilung, erschöpft sich vielmehr in einem Geldanspruch, der dem Verhältnis seines Nennbetrages zum jeweiligen Geldwerte des Gesellschaftsvermögens entspricht. Im Verhältnis zueinander sind die Anteile der Gesellschafter nicht feste, sondern wechselnde Quoten, da sie mit der Veränderung ihres Nennbetrages durch Zu- oder Abschreibungen bei den einzelnen Konten wachsen oder schwinden. Der Anteil ist untrennbar mit der Eigenschaft als Gesellschafter verknüpft und der Verfügung des Gesellschafters entzogen (BGB. § 719 Abs. 1). Er enthält aber einen sonderrechtlichen Anspruch auf gewisse Geldbezüge aus dem Ertrage des Gesellschaftervermögens und im Falle der Lösung des Gesellschaftsbandes auf Auskantwortung einer seinem Wert entsprechenden Geldsumme. Diese sonderrechtlichen Ansprüche sind übertragbar (BG.B § 717). — Als reiner Wertanteil kann der Anteil nicht nur auf Null sinken, sondern auch in eine negative Größe übergehen. Alle Anteile verwandeln sich in Passivanteile, wenn das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Gesellschaftsschulden nicht ausreicht; der einzelne Anteil aber kann auch, wenn das Gesellschaftsvermögen einen Aktivbestand aufweist, durch Abschreibungen passiv werden. Der Passivanteil legt eine sonderrechtliche Deckungspflicht auf, die aber erst mit Lösung des Gesellschaftsbandes in Wirksamkeit tritt (BGB. § 735).

d) Gewinn und Verlust. Mangels anderer Vereinbarung wird am Schlusse jedes Geschäftsjahres der Gewinn oder Verlust des Jahres ermittelt und für jeden Gesellschafter sein Anteil daran berechnet (§ 121 Abs. 1). Von dem Jahresgewinn gebührt jedem Gesellschafter zunächst ein Anteil in Höhe von 4 v. H. seines Kapitalanteils oder, wenn weniger gewonnen ist, in entsprechend geringerer Höhe; die im Laufe des Jahres eingetretenen Veränderungen des Kapitalanteils durch Einlagen oder Geldentnahmen werden dabei pro rata temporis berücksichtigt; überschießender Jahresgewinn sowie der Verlust eines Jahres werden nach Köpfen verteilt (§ 121). Dieser gesetzliche Verteilungsmaßstab ist billiger als der des alten HGB. (Art. 106), nach dem jedem Kapitalanteil feste „Zinsen" von 4 v. H. zuflossen, somit bei geringerem Verdienst der bloß arbeitende Gesellschafter aus eigner Tasche den „Verlust" mitzudecken hatte. Immerhin ist auch jetzt das Kapital vor der Arbeit bevorzugt, da, wenn der Gewinn nicht 4 v. H. übersteigt, der bloß arbeitende Gesellschafter leer ausgeht.

Der berechnete Gewinn wird dem Kapitalanteil zugeschrieben, der Verlust nebst dem im Laufe des Jahres auf den Kapitalanteil entnommenen Gelde davon abgeschrieben (§ 120 Abs. 2). Ein Anspruch der Gesellschafter auf jährliche reale Gewinnverteilung besteht an sich so wenig wie eine Verpflichtung zur realen Deckung des Verlustes. Doch kann jeder Gesellschafter jährlich aus der Gesellschaftskasse zu seinen Lasten Geld bis zum Betrage von 4 v. H. seines für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Geschäftsanteiles erheben und darüber hinaus, soweit es

nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht, die Auszahlung des etwaigen höheren letzten Jahresgewinnes verlangen (§ 122 Abs. 1). Der Anspruch auf 4 v. H. begründet, da er unabhängig vom Geschäftsergebnis ist, unter Umständen das sonst ausgeschlossene Recht, einseitig den Kapitalanteil zu vermindern (§ 122 Abs. 2).

3. Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter. Die gesellschaftlichen Rechte und Pflichten stehen den Gesellschaftern gegeneinander zu. Allein nur insoweit, als ein Verhältnis ganz im ungeteilten Gesamtbereich liegt, treten notwendig nur Gesellschafter und Gesellschafter einander gegenüber. Handelt es sich dagegen um gesellschaftliche Sonderrechte oder Sonderpflichten, so können auch die Gesellschaft und ein Gesellschafter einander gegenübertreten. Doch bleiben dabei die Regeln über die inneren Rechtsverhältnisse der o. HG. maßgebend. In außergesellschaftlichen Verhältnissen steht der Gesellschafter der Gesellschaft ganz wie ein Dritter gegenüber. Hier gelten daher die Regeln über die äußeren Rechtsverhältnisse der o. HG.

§ 39. Veränderung. Die o. HG. kann mit veränderter Teilhaberschaft fortbestehen. Sie erleidet hiermit, da für sie die Individualität jedes Teilhabers erheblich ist, eine wesentliche Veränderung, die zur Eintragung anzumelden ist. Allein sie bleibt dieselbe Gesellschaft. Das gesellschaftliche Band wird nicht aufgelöst und neu geschürzt, sondern es wird nur eine Person hineingebunden oder losgebunden. Es findet keine Rechtsnachfolge, sondern unmittelbare Fortsetzung der bisherigen Rechtsverhältnisse statt.

1. Eintritt eines Gesellschafters. Durch Gesellschaftsbeschluß (im Zweifel nur einstimmig) kann ein neuer Gesellschafter aufgenommen werden. Er rückt ohne besondere Vergemeinschaftung der einzelnen Rechte und Pflichten, ohne Auflassung, Eintragung, Übergabe, Abtretung, Schuldübernahme usw. in die Stellung eines Gesellschafters ein, erlangt also einen Anteil am Gesellschaftsvermögen und wird für die Gesellschaftsverbindlichkeiten persönlich verhaftet. Der Eintritt der gesellschaftlichen Sonderhaftung kann nicht wegbedungen werden (§ 130).

2. Einrücken der Erben. Der Gesellschaftsvertrag kann bestimmen, daß an Stelle eines verstorbenen Gesellschafters dessen Erben treten. Dann vollzieht sich mit dem Erbewerden zugleich der Eintritt als Gesellschafter. Damit war nach bisherigem Recht notwendig die persönliche Sonderhaftung jedes Erben für alle Gesellschaftsschulden verbunden (RGer. XVI Nr. 11). Das neue HGB. § 139 hat dies gemildert. Der Erbe kann verlangen, daß ihm die Stellung eines Kommanditisten mit seinem Anteil am Kapitalanteile des Erblassers gewährt werde, und im Weigerungsfall ausscheiden. Zur Ausübung dieser Rechte hat er drei Monate seit Kenntnis vom Erbfalle (oder bis zum etwaigen späteren Ablauf der Ausschlagungsfrist) Zeit. Wird er Kommanditist, oder scheidet er rechtzeitig aus, so trifft ihn für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten nur die beschränkte Erbenhaftung. Der Gesellschaftsvertrag kann die Rechte des Erben nicht schmälern. Nur kann er für den Fall, daß der Erbe Kommanditist wird, den Gewinnanteil anders bestimmen.

3. Ausscheiden eines Gesellschafters. Besteht eine o. HG. aus mehr als zwei Personen, so kann, wenn ein Gesellschafter ausscheidet, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt werden. Die Fortsetzung tritt ein, wenn sie im Gesellschaftsvertrage für den Fall, daß ein Gesellschafter stirbt, kündigt oder in Konkurs verfällt, an Stelle der Auflösung vorgesehen ist (§ 138); wenn ein Gesellschafter, in dessen Person ein Grund zur vorzeitigen Kündigung für die anderen Gesellschafter eintritt, auf deren einstimmigen Antrag gerichtlich ausgeschlossen wird (§ 140 Abs. 1); wenn im Falle der Kündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters oder im Falle des Konkurses eines Gesellschafters die übrigen Gesellschafter die Fortsetzung beschließen und dies dem Gläubiger oder Konkursverwalter erklären (§ 141).

Die Wirkungen des Ausscheidens richten sich nach BGB. §§ 738—740. Der Anteil des Ausscheidenden wächst den übrigen Gesellschaftern an, die Gesellschaft hat aber den Wert des Anteils im entscheidenden Zeitpunkt (vgl. dazu HGB. § 140 Abs. 2) dem Ausgeschiedenen oder seinem Rechtsnachfolger bar auszuzahlen. Bei einem Passivanteil hat umgekehrt der Aus-

geschiedene den Fehlbetrag an die Gesellschaft zu zahlen. An Gewinn und Verlust aus schwebenden Geschäften bleibt der Ausgeschiedene noch beteiligt, er muß sich aber deren Abwicklung durch die Gesellschaft gefallen lassen. Den Gesellschaftsgläubigern haftet der Ausgeschiedene fort; es läuft aber zu seinen Gunsten eine abgekürzte Verjährung (vgl. unten § 40 Z. 4).

Besteht eine o. HG. nur aus zwei Personen, so wird sie durch das Ausscheiden eines Gesellschafters notwendig aufgelöst. Wenn daher der andere Gesellschafter das Geschäft fortführt, so gelten an sich die Regeln über die Übertragung des Geschäftes auf ein neues Subjekt (oben § 21). Das neue HGB., § 142, gibt aber in den Fällen, in denen bei einer aus mehr als zwei Personen bestehenden o. HG. ein Gesellschafter ausgeschlossen oder dem Privatgläubiger oder Konkursverwalter eines Gesellschafters gegenüber die Fortsetzung der Gesellschaft erklärt werden kann, dem einen von zwei Gesellschaftern das Recht, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, und schreibt zugleich vor, daß dann auf die Auseinandersetzung die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters an der fortbestehenden Gesellschaft geltenden Regeln entsprechend anzuwenden sind. Nach der in der Praxis durchgedrungenen Meinung tritt damit kraft Anwachsung des Anteiles des ausgeschiedenen Gesellschafters Gesamtnachfolge des Übernehmers in das Vermögen der erloschenen Gesellschaft ein. Das gleiche soll sogar gelten, wenn die Geschäftsübernahme nicht aus den in § 142 angeführten Gründen, sondern kraft freier Vereinbarung erfolgt (RGer. LXV 227, LXVIII 410 ff.).

Literatur: Keyßner, Die Erhaltung der HG. gegen die Auflösungsgründe des ADHGB., 1870. Viezens, Z. f. HR. XXXV 91 ff. Ritter, ebenda LXIX 287 ff. Gierke, Vereine ohne Rechtsf. S. 24 ff. Knoke, Arch. f. b. R. XX 170 ff. Gierke, Schuldnachfolge und Haftung S. 78—79.

§ 40. Beendigung.

1. Auflösungsgründe der o. HG. sind: Ablauf der vereinbarten Zeit; Beschluß der Gesellschafter; Eröffnung des Gesellschaftskonkurses; Tod eines Gesellschafters; Konkurs eines Gesellschafters; Kündigung; gerichtliche Entscheidung (§ 131). Zur Kündigung, die mit sechsmonatiger Frist zum Ablauf des Geschäftsjahres erfolgen muß, ist jeder Gesellschafter befugt, wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit oder auf Lebenszeit eingegangen oder nach Ablauf ihrer Zeit stillschweigend fortgesetzt ist (§§ 132, 134); außerdem bei jeder wie immer befristeten Gesellschaft der Privatgläubiger eines Gesellschafters, sobald ihm dessen Auseinandersetzungsanspruch gerichtlich überwiesen ist (§ 135). Eine vorzeitige Auflösung kann stets auf Antrag eines Gesellschafters durch gerichtliche Entscheidung erfolgen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; jede vertragsmäßige Einschränkung des Rechts, in diesem Falle die Auflösung zu verlangen, ist nichtig (§ 133). Inwiefern die einzelnen Auflösungsgründe wegbedungen oder nachträglich in bloße Veränderungsgründe verwandelt werden können, ist oben gezeigt. Die durch Eröffnung des Gesellschaftskonkurses eingetretene Auflösung kann durch Fortsetzungsbeschluß der Gesellschafter wieder rückgängig gemacht werden, falls der Konkurs nach Abschluß eines Zwangsvergleiches aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt wird (§ 144 Abs. 1).

2. Wirkungen. Mit der Auflösung der o. HG. fällt das Gesellschaftsband weg. Diese Wirkung tritt an sich mit dem Zeitpunkte der Auflösung ein. Doch ist Dritten gegenüber die Eintragung in das Handelsregister, die herbeizuführen sämtliche Gesellschafter (vom Falle des Gesellschaftskonkurses abgesehen) verpflichtet sind (§ 143), erforderlich, um die Auflösung offenkundig zu machen (§ 15). Ferner gilt, den Fall der Kündigung ausgenommen, die Geschäftsführungsbefugnis eines Gesellschafters zu seinen Gunsten den anderen Gesellschaftern gegenüber so lange als fortbestehend, bis er die Auflösung erfahren hat oder kennen muß (§ 136). Bei der Auflösung durch den Tod oder Konkurs eines Gesellschafters gilt überhaupt in Ansehung der Geschäftsführung insoweit, als Gefahr im Verzuge ist, die Gesellschaft bis zu anderweitiger Vereinbarung als fortbestehend; im Falle des Todes eines Gesellschafters ist auch dessen Erbe, der den Tod sofort anzeigen soll, zur einstweiligen Fortführung der von seinem Erblasser zu besorgenden unaufschiebbaren Geschäfte verpflichtet (§ 137).

Das Gesellschaftsband wirkt aber nach; es bleibt insoweit wirksam, als dies zur Verwirklichung der Auflösungsfolgen erforderlich ist. Die aufgelöste o. HG. geht daher in

eine Auseinandersetzungsgemeinschaft über, die noch vom Gesellschaftsrecht beherrscht wird und nach wie vor eine Gemeinschaft zu gesamter Hand mit kaufmännischer Personeneinheit bleibt.

Die Auseinandersetzung erfolgt nach der gesetzlichen Regel im Wege der Liquidation. Nur im Falle der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses, die auch nach der Auflösung bis zur Verteilung des Vermögens zulässig ist, tritt das selbständige Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen an die Stelle (KonkO. §§ 209—212). Im übrigen kann von den Gesellschaftern (jedoch bei der Auflösung durch Kündigung eines Privatgläubigers oder durch Konkurs eines Gesellschafters nur mit Zustimmung des Gläubigers oder Konkursverwalters) statt der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung (z. B. Veräußerung des Geschäfts im ganzen und Teilung des Erlöses oder Naturalteilung) vereinbart werden (§ 145). Doch finden auch dann, solange ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, Dritten gegenüber die Vorschriften über die Liquidation entsprechende Anwendung (§ 158).

3. Liquidation. Die Liquidation ist Auseinandersetzung durch Geschäftsauflösung. Ihre Haupteigentümlichkeit besteht darin, daß, soweit ihr Zweck es fordert, nach außen wie nach innen das Gesellschaftsrecht fortgilt (§ 156). Allein es treten Abwandlungen ein, die darauf beruhen, daß die Liquidationsgemeinschaft nur da ist, um sich zu zersetzen; sie ist unproduktiv und kann neue Rechtsverhältnisse nur erzeugen, soweit dies zur Abwicklung der alten erforderlich ist.

Teilhaber der Liquidationsgemeinschaft sind die ehemaligen Gesellschafter oder ihre Rechtsnachfolger. Sie sind die Herren des ihnen zu gesamter Hand gehörenden Gesellschaftsvermögens, über das sie frei verfügen können.

Geschäftsführer und Vertreter sind die Liquidatoren. Sie können im Gesellschaftsvertrage oder durch einstimmigen Beschluß bestimmt sein. Andernfalls sind sämtliche Gesellschafter (für mehrere Erben ein gemeinschaftlicher Vertreter, für einen Gemeinschuldner der Konkursverwalter) zu Liquidatoren berufen. Aus wichtigen Gründen kann aber das Gericht auf Antrag eines Beteiligten andere Personen (auch Nichtbeteiligte) zu Liquidatoren ernennen (§ 146). Die Abberufung von Liquidatoren geschieht in gleicher Weise durch das Gericht oder durch einstimmigen Beschluß (§ 147). Mehrere Liquidatoren sind im Zweifel kollektiv berufen (§ 150). Alle erheblichen Tatbestände in Ansehung der Liquidatoren sind einzutragen (§ 148).

Im Gegensatz zu den für die bestehende o. HG. geltenden Regeln decken sich bei den Liquidatoren Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht. Beide erstrecken sich auf die zum Zwecke der Auseinandersetzung erforderlichen Handlungen: Beendigung der laufenden Geschäfte, Einziehung der Forderungen, Umsetzung des übrigen Vermögens in Geld; Befriedigung der Gläubiger; nur zur Beendigung schwebender Geschäfte auch Eingehung neuer Geschäfte (§ 149). Während aber die Liquidatoren als Geschäftsführer den einstimmigen Beschlüssen der Beteiligten unterworfen bleiben (§ 152), ist eine Beschränkung ihrer Vertretungsmacht Dritten gegenüber unwirksam (§ 151). Die Liquidatoren sollen unter der Firma der o. HG. mit einem Zusatz, der diese als Liquidationsfirma bezeichnet (i. L.), und unter Hinzufügung ihres Namens zeichnen (§ 153). Sie haben bei Beginn und bei Beendigung der Liquidation eine Bilanz aufzustellen (§ 154).

Das hergestellte Reinvermögen haben die Liquidatoren nach dem Verhältnis der aus der Schlußbilanz ersichtlichen Kapitalanteile zu verteilen; schon während der Liquidation wird entbehrliches Geld vorläufig verteilt (§ 155). Die Teilansprüche gehen lediglich auf Geld; werden einem Gesellschafter Sachen oder Rechte zugewiesen, so liegt Hingabe an Zahlungs Statt vor.

Nach Beendigung der Liquidation ist das Erlöschen der Firma anzumelden; die Bücher und Papiere werden einem Gesellschafter oder einem Dritten, den mangels Vereinbarung das Gericht bestimmt, zur Aufbewahrung übergeben (§ 157).

4. Verjährung. Zugunsten des ehemaligen Gesellschafters einer o. HG. läuft in Ansehung seiner Sonderhaftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten eine längstens fünfjährige Verjährung. Sie beginnt, sofern nicht die Forderung erst später fällig wird, mit dem Tage, an dem die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden des Gesellschafters in das Handelsregister eingetragen ist. Die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der aufgelösten Gesell-

schaft wirkt auch gegenüber den ehemaligen Gesellschaftern. Dagegen wird die Verjährung gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter durch Rechtshandlungen gegen die Gesellschaft nicht unterbrochen (§§ 159, 160).

Literatur: Lastig, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaft, 1900. — O. Francken, Die Liquidation der o. HG. in geschichtlicher Entwicklung, 1890. K. Jerschke, Die Liquidation der o. HG., 1895. Wimpfheimer, Die Gesellschaften ... im Stadium der Liquidation, 1908. — Fick, Konkurs der Kollektivgesellschaft, 1885. Frankl, Konkurs der o. HG., 1891. E. Jäger, Der Konkurs der o. HG., 1896. A. Burchardt, Über die Feststellung im Konkurse der o. HG., 1900. — K. Lehmann § 60 ff. Cosack § 197.

Drittes Kapitel.

Die Kommanditgesellschaft nebst der stillen Gesellschaft.

§ 41. Geschichtliche Entwicklung. Die KG. und die st. G. haben ihre gemeinsame Wurzel in der frühmittelalterlichen commenda, die namentlich in Italien, aber auch in Deutschland und Frankreich zuerst im Seehandel, dann auch im Landhandel (besonders im Bankgeschäft) üblich wurde. Die commenda war anvertrautes Gut oder Geld, das der Empfänger (tractator) behufs Teilung des Gewinnes mit dem commendator gewerblich verwerten sollte. Sie kam in mannigfach verschiedenen Formen vor. Bei der ältesten Form, die im Hansegebiet „sendeve" (Sendegut) hieß, erschien der tractator nur als Geschäftsführer des commendator und behielt seinen Gewinnanteil als Lohn seiner Arbeit. Eine andere Form aber, in den Mittelmeerländern „societas maris" oder „collegantia", im Hansagebiet „wedderleginge" genannt, nahm gesellschaftliches Gepräge an, indem der tractator auch seinerseits Kapital beitrug und zum Geschäftsherrn wurde. Aus ihr entwickelte sich allmählich, namentlich in den romanischen Ländern, eine neue Form der Handelsgesellschaft (societas in accommenda), bei der beide Teile gemeinsam nach außen als Geschäftsherren galten und eine Gesellschaftsfirma annahmen. Daneben aber erhielt sich die nach außen latente Form der Geschäftsbeteiligung (participatio). Das kanonische Recht setzte der Ausbedingung von Gewinnanteil für hingegebenes Kapital kein Hindernis entgegen, wenn nur auch die Verlustgefahr mitgetragen wurde; den völligen Ausschluß der Verlustgefahr erklärte Sixtus V. i. J. 1586 für wucherisch.

In der neueren Gesetzgebung und Theorie wurde anfänglich nur die eine oder andere Form als Gesellschaft anerkannt. Während in Frankreich durch die Ordonnanzen von 1673 und den Code de comm. Art. 23—28 die hier überwiegende Form mit Gesellschaftsfirma als „société en commandite" geregelt und die stille Form als bloße Abart des Darlehens behandelt wurde, beachtete man in Deutschland nur die stille Form und nannte sie auch wohl „deutsche Kommanditgesellschaft". Erst das deutsche HGB. normierte beide Formen nebeneinander und erhob die KG. zur vollentwickelten Handelsgesellschaft, während es die st. G. als besondere handelsrechtliche Form des Gesellschaftsvertrages ausgestaltete. — Am spätestens fand die KG. in England Eingang, wo bis zum Jahre 1863 jede Geschäftsteilhaberschaft mit beschränkter Haftung unzulässig war.

Literatur: L. Goldschmidt, De societate en commandite, 1851; UG. S. 254 f. W. Silberschmidt, Die Commenda in ihrer frühesten Entwicklung, 1884; Kumpanie u. Sendeve, Arch. f. b. R. XXIII 1 ff.; Das Senden und Befehlen der Waren nach der kaufmänn. Korresp. des 15. Jahrh., ebenda XXV 129 ff.; Das Sendegeschäft im Hansagebiet, Z. f. HR. LXVIII 405 ff., LXIX 1 ff. Lepa, Z. f. HR. XXVI 438 ff. Lastig, Römisches Akkommanditenregister des 17. u. 18. Jahrh., 1887. V. Ehrenberg, Beschränkte Haftung des Schuldners, 1880. Behrend § 85. K. Lehmann § 65.

§ 42. Die Kommanditgesellschaft.

1. Begriff. Die KG. des geltenden deutschen Rechts ist eine auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtete Gesellschaft, bei der die Haftung eines Gesellschafters oder mehrerer Gesellschafter auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist, während bei dem anderen Teil der Gesellschafter eine solche Beschränkung nicht stattfindet. Es gibt also zwei Klassen von Gesellschaftern, deren jede in der Einzahl oder

Mehrzahl vorhanden sein kann: persönlich haftende Gesellschafter (p. h. G., Komplementär, gérant) und Kommanditisten (Kommanditär, bailleur de fonds). Der p. h. G. setzt notwendig seine ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit für den Gesellschaftszweck ein, kann aber außerdem Kapital oder Arbeit oder beides beitragen. Der Kommanditist muß ein begrenztes Stück seiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit einsetzen, schuldet aber jedenfalls außerdem einen Kapitalbeitrag, durch dessen Höhe zugleich die Haftungsgrenze bestimmt wird. Die Rechtsstellung eines Kommanditisten nur auf die Haftungsübernahme zu gründen, ist unzulässig. Dagegen kann die Haftungssumme höher als die Kapitaleinlage festgesetzt werden. Daß der Kommanditist auch Arbeit beitrage, ist nicht ausgeschlossen (anders Code de comm. Art. 27).

2. *Wesen.* Die Kommanditgesellschaft ist trotz ihrer weit abliegenden historischen Wurzeln heute lediglich eine modifizierte o. HG. Darum finden auf sie die Vorschriften über die o. HG. subsidiär Anwendung (§ 161 Abs. 2). Die Abweichungen beruhen darauf, daß es hier Gesellschafter giebt, die nur kapitalistisch beteiligt sind. Darum ist in subjektiver Hinsicht die Personeneinheit aus einer zu ungleichem Recht verbundenen Personenmehrheit gebildet, in objektiver Hinsicht aber das Gesellschaftsvermögen, insoweit es aus den Vermögenseinlagen der Kommanditisten besteht, nach außen vinkuliert.

3. *Errichtung.* Die Begründung der KG. erfolgt durch Gesellschaftsvertrag. Entsteht eine KG. durch Umwandlung einer o. HG., in die ein Kommanditist eintritt oder in der ein Erbe als Kommanditist verbleibt, so liegt darin nicht Auflösung und Neubildung, sondern bloße Veränderung einer fortbestehenden HG. Gleiches gilt in dem umgekehrten Fall.

Außer den bei der o. HG. einzutragenden Tatsachen sind hier auch Name, Stand und Wohnort jedes Kommanditisten sowie der Betrag seiner Vermögenseinlage anzumelden und einzutragen, werden aber nicht mitveröffentlicht (§ 162). Die Eintragung hat insofern hier erhöhte Bedeutung, als von ihr die Offenkundigkeit der Haftbeschränkung des Kommanditisten abhängt. Tritt die KG. mit Zustimmung des Kommanditisten vor der Eintragung in den Verkehr, so haftet der Kommanditist für die bis zur Eintragung entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten gleich einem p. h. G., wenn er nicht dem Gläubiger Kenntnis der Sachlage beweist; analog haftet ein in eine bestehende HG. eingetretener Kommanditist persönlich für die zwischen seinem Eintritt und dessen Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten (§ 176).

4. *Äußere Rechtsverhältnisse.* Die KG. tritt, wenn auch nur ein p. h. G. da ist, Dritten als handlungsfähige und rechtsfähige Personeneinheit mit einem Sondervermögen gegenüber. Die Kommanditisten sind Mitträger der gesamten Hand und müssen mithandeln, wo zu gesamter Hand gehandelt werden muß. Allein dem Kommanditisten fehlt die gesellschaftliche Vertretungsmacht (§ 170). Die KG. ist ferner in der Verfügung über das Gesellschaftsvermögen zugunsten der Gläubiger in Ansehung der Vermögenseinlagen der Kommanditisten gebunden. Der eingetragene Betrag ist den Gläubigern gegenüber maßgebend. Jede Vereinbarung über Erlaß oder Stundung der Einlage ist den Gläubigern gegenüber unwirksam. Erfolgt eine Rückzahlung, so gilt insoweit die Einlage als nicht geleistet. Dies gilt auch im Falle der Auszahlung von Gewinnanteilen, solange der Kapitalanteil des Kommanditisten durch Verlust gemindert ist oder durch die Auszahlung gemindert wird. Nur was ein Kommanditist in gutem Glauben auf Grund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz als Gewinnanteil bezogen hat, braucht er niemals zurückzuzahlen (§ 172).

Die Gesellschafter *als einzelne* sind für die Gesellschaftsverbindlichkeiten in gleicher Weise wie bei der o. HG. verhaftet. Es besteht nur der *eine* Unterschied, daß die Haftung des Kommanditisten auf den Betrag seiner Einlage beschränkt ist. Der Kommanditist befreit sich also durch den Nachweis, daß er diesen Betrag an die Gesellschaft geleistet oder bereits zur Befriedigung anderer Gesellschaftsgläubiger hergegeben hat. Im übrigen haftet er ebenso unmittelbar wie der p. h. G.; die früher sehr verbreitete, aber in Theorie und Praxis überwiegend verworfene gegenteilige Ansicht ist durch das neue HGB. ausdrücklich zurückgewiesen (§ 171 Abs. 1). Doch kann während der Dauer des Gesellschaftskonkurses nur der Konkursverwalter die Gläubigerrechte gegen den Kommanditisten geltendmachen (§ 171 Abs. 2). Der Kommanditist haftet ferner gleich dem p. h. G. auf das Ganze und (vom Konkursfalle abgesehen)

neben der Gesellschaft. Ebenso trifft den neueintretenden Kommanditisten die nicht wegzubedingende Haftung für alle Gesellschaftsschulden (§ 173).

5. Innere Rechtsverhältnisse. Nach innen gilt auch hier Vertragsfreiheit (§ 163).

Der gesetzlichen Regel nach ist in Ansehung der Willensgemeinschaft der Kommanditist ein Gesellschafter minderen Rechts. Er steht zwar bei der Beschlußfassung dem p. h. G. gleich. Allein er ist von der Geschäftsführung ausgeschlossen und kann daher Handlungen eines p. h. G. nur widersprechen, wenn sie über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen (§ 164). Anderseits fällt für ihn das Konkurrenzverbot weg (§ 165). Ein Kontrollrecht steht ihm zu; es ist aber schwächer als das des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen p. h. G., indem er nur eine Abschrift der jährlichen Bilanz fordern und zu deren Prüfung die Bücher und Papiere einsehen, außer der Zeit aber nur aus einem wichtigen Grunde durch gerichtliche Anordnung Aufklärung und Einsicht erzielen kann (§ 166).

Am Gesellschaftsvermögen hat der Kommanditist einen gleichartigen Wertanteil zu gesamter Hand wie der p. h. G. Abweichende Regeln aber gelten mangels anderer Vereinbarung für seine Beteiligung an Gewinn und Verlust (§§ 167—169). Sein Gewinnanteil wird seinem Kapitalanteil nur so lange zugeschrieben, bis der Betrag der Vermögenseinlage erreicht ist; was er darüber hinaus stehen läßt, ist gewöhnliche Buchforderung. Am Verlust nimmt er nur bis zum Betrage seines Kapitalanteils und seiner noch rückständigen Einlage teil. Der Mehrgewinn über 4 v. H. und der Verlust werden hier im Zweifel nicht nach Köpfen, sondern nach einem den Umständen nach angemessenen Verhältnis verteilt. Endlich kann der Kommanditist keine Kapitalrente, sondern nur den wirklich gemachten Gewinn und auch diesen nur, solange sein Kapitalanteil den Betrag der bedungenen Einlage erreicht, herausverlangen; doch braucht er einmal bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste nicht wieder herauszugeben.

6. Veränderung. Zu den Veränderungsgründen der o. HG. treten hier als wesentliche Veränderungen Erhöhungen und Herabsetzungen des Betrages der Vermögenseinlage eines Kommanditisten hinzu. Sie sind anzumelden und einzutragen; doch findet ein amtlicher Zwang nicht statt (§ 175). Die Erhöhung wird zugunsten der Gläubiger unbedingt mit der Eintragung, vorher nur auf Grund handelsüblicher Bekanntmachung oder besonderer Mitteilung wirksam (§ 172 Abs. 2). Die Herabsetzung ist den Gläubigern gegenüber bis zur Eintragung schlechthin unwirksam; solchen Gläubigern, deren Forderungen zur Zeit ihrer Eintragung schon bestanden, kann sie auch nachher nicht entgegengesetzt werden (§ 174).

7. Beendigung. Der Tod eines Kommanditisten ist kein Auflösungsgrund (§ 177). Im übrigen gelten alle Auflösungsgründe der o. HG. auch in der Person der Kommanditisten. Die Wirkungen der Auflösung richten sich nach den Vorschriften für die o. HG. Daher sind bei der Liquidation der KG. die Kommanditisten in gleicher Weise wie die p. h. G. zu Liquidatoren berufen.

Literatur: Renaud, Das Recht der KG., 1881. Wendt b. Endemann I 428 ff. Schwalb, Z. f. HR. XXXIV 338 ff. Tuchatsch, KG., 1894. Behrend § 85 ff. K. Lehmann § 66. Gareis § 30. Cosack § 199.

§ 43. Die stille Gesellschaft.

1. Begriff. Eine st. G. liegt vor, wenn sich jemand an dem Handelsgewerbe eines anderen mit einer Vermögenseinlage gegen Anteil am Gewinn beteiligt. Regelmäßig verbindet sich damit eine Beteiligung am Verlust; doch kann, was für das bisherige Recht sehr streitig war, nach geltendem Recht die Beteiligung am Verlust ausgeschlossen werden (§ 336 Abs. 2). Inhaber des Handelsgewerbes kann nicht nur eine Einzelperson oder eine Verbandsperson, sondern auch eine Handelsgesellschaft mit bloßer Personeneinheit sein. Die st. G. besteht immer nur zwischen ihm und dem einzelnen stillen (vertrauten) Gesellschafter.

2. Wesen. Die st. G. ist ein bloßer obligationenrechtlicher Gesellschaftsvertrag mit einem Kaufmann. Ihr rechtliches Wesen ist das der römischen Sozietät. Ein ähnliches Verhältnis kann auch nach bürgerlichem Recht durch Wegbedingung der gesamten Hand begründet

werden. Nur im Handelsrecht aber hat sich noch ein gesetzlich geregelter Typus der reinen Sozietät erhalten. Keine st. G. entsteht durch eine bloße gesellschaftliche Nebenabrede bei einem Darlehnsvertrage (RGer. XX Nr. 36) oder Dienstvertrage (Anstellung mit Gewinnbeteiligung).

3. Rechtsverhältnisse. Die st. G. begründet keine Veränderung in der Rechtsstellung des Geschäftsinhabers; sie erzeugt keine Personeneinheit und kein Gesellschaftsvermögen. Der Geschäftsinhaber bleibt das alleinige Subjekt des Handelsgewerbes und darf um der st. G. willen seine Firma nicht verändern. Die Vermögenseinlage des stillen Gesellschafters geht in das Vermögen des Geschäftsinhabers über (§ 335 Abs. 1).

Dritten gegenüber wird daher aus den im Betriebe geschlossenen Geschäften der Inhaber allein berechtigt und verpflichtet (§ 335 Abs. 2). Wird über sein Vermögen Konkurs eröffnet, so ist er allein der Gemeinschuldner, während der stille Gesellschafter wegen der seinen Verlustanteil überschreitenden Einlage Konkursgläubiger, wegen der zur Deckung seines Verlustanteils erforderlichen rückständigen Einlage Schuldner der Konkursmasse ist (§ 341). Doch haben die übrigen Gläubiger dem stillen Gesellschafter gegenüber ein verstärktes Anfechtungsrecht. Der Konkursverwalter kann nämlich ohne weiteres jede Rückgewähr der Einlage und jeden Erlaß des Verlustanteils anfechten, wenn die Rückgewähr oder der Erlaß auf Grund einer im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung getroffenen Vereinbarung mit oder ohne Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hat. Dieses Anfechtungsrecht fällt nur dann weg, wenn der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung eingetreten sind. Die Geltendmachung der Anfechtung und deren Wirkung richten sich nach den Vorschriften der Konkursordnung (§ 342).

Im Verhältnis der Gesellschafter zueinander ist die st. G. ein bloßes Schuldverhältnis, kraft dessen der Inhaber ein Forderungsrecht auf Übertragung der bedungenen Einlage in sein Vermögen und der stille Gesellschafter ein Forderungsrecht auf Gewinnanteil hat. Der Anteil an Gewinn und Verlust ist mangels Vereinbarung der den Umständen nach angemessene (§ 336 Abs. 1). Gewinn und Verlust werden jährlich berechnet. Der Gewinnanteil wird dem stillen Gesellschafter jährlich ausgezahlt; nicht erhobener Gewinn vermehrt im Zweifel die Einlage nicht. Am Verlust nimmt der stille Gesellschafter nur bis zur Höhe seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage teil; bezogenen Gewinn braucht er wegen späterer Verluste nicht zurückzuzahlen, er muß sich aber, solange seine Einlage durch Verlust gemindert ist, die Zurückbehaltung des Jahresgewinnes zur Deckung gefallen lassen (§ 337). Zu seiner Sicherung hat der stille Gesellschafter die gleichen Kontrollbefugnisse wie ein Kommanditist (§ 338).

4. Beendigung. Die Auflösungsgründe sind die des bürgerlichen Rechts. Nur hinsichtlich der Kündigung eines Gesellschafters oder des Gläubigers eines Gesellschafters gelten die Regeln der o. HG.; die vorzeitige Auflösung aus einem wichtigen Grunde erfolgt aber gemäß BGB. § 723 durch Kündigung ohne Kündigungsfrist, nicht, wie bei der o. HG., durch Richterspruch (§ 339 Abs. 1). Außerdem ist der Tod des stillen Gesellschafters kein Auflösungsgrund (§ 339 Abs. 2).

Die Wirkung der Auflösung ist gewöhnliche Auseinandersetzung zwischen dem Geschäftsinhaber und dem stillen Gesellschafter. Der Inhaber hat das Guthaben des stillen Gesellschafters in Geld zu berichtigen. An Gewinn und Verlust aus schwebenden Geschäften bleibt der stille Gesellschafter noch beteiligt. Die Abwicklung besorgt der Inhaber, der aber dem stillen Gesellschafter jährlich Rechenschaft schuldet (§ 341).

Literatur: Lastig b. Endemann I 704 ff. Renaud, Stille Gesellschaft, 1885. J. Bauer, Stille Gesellschaft, 1894. Behrend § 91 ff. F. Lübbert, Z. f. HR. LVIII 464 ff. K. Lehmann § 67. Gareis § 29. Cosack § 199.

Viertes Kapitel.

Die Kapitalgenossenschaft.

Erster Titel: Die Aktiengesellschaft.

§ 44. Begriff, Geschichte und Wesen.

1. Begriff. Die AG. ist ein auf ein in „Aktien" zerlegtes Grundkapital gebauter Verein, dessen sämtliche Mitglieder (Aktionäre) mit Einlagen beteiligt sind, ohne für die Vereinsverbindlichkeiten persönlich zu haften (§ 178). „Aktien" aber sind feste, wertpapiermäßig verbriefte, zugleich die Mitgliedschaft im Verein gewährende Kapitalanteile.

2. Geschichte. Die Entstehung der AG. läßt sich nicht, wie vielfach versucht ist, an die römischen societates publicanorum anknüpfen. Vielmehr ist die AG. aus der kapitalistischen Umbildung der germanischen Vermögensgenossenschaft hervorgegangen. Vorstufen der AG. sind die auf vererbliche und veräußerliche Anteile an einem Sondervermögen gebauten genossenschaftlichen Verbände, wie sie sich auf den verschiedensten Rechtsgebieten entwickelten. So teilweise die von der alten Markgemeinde abgespalteten Agrargenossenschaften (insbesondere Alpengenossenschaften, Walderbschaften und Rechtsamegemeinden); so frühzeitig Mühlengenossenschaften (in Köln im 12. Jahrh.); so einzelne Ganerbschaften; so seit der Spaltung von Arbeit und Bergwerksanteil die Gewerkschaften des Bergrechts; so die Reederei des Seerechts. Hier überall begegnet die Verknüpfung einer genossenschaftlichen Organisation mit einem in Anteile zerlegten Gemeinschaftsvermögen, wenn auch meist der genossenschaftliche Verband entweder eine weiterreichende Bedeutung behielt oder aber der körperschaftlichen Vollendung entbehrte.

Die Vermögensgenossenschaft nahm die wesentlichen Merkmale der Aktiengesellschaft an, sobald das zugrunde liegende Sondervermögen als Geldkapital bewertet und der Anteil daran als Kapitalanteil konstruiert wurde. Dies geschah am frühesten bei den italienischen Staatsgläubigervereinen (insbesondere der banca di S. Giorgio in Genua seit 1407), deren durch Einlagen aufgebrachtes und durch Darlehen an den Staat nutzbar gemachtes Grundkapital (mons, maona) in veräußerliche und vererbliche Anteile (loca, luoghi) zerlegt wurde, die zugleich Anspruch auf Gewinnanteil und auf Beteiligung an der körperschaftlichen Verwaltung gaben. Unabhängig hiervon nahmen die großen Handelskompagnien, die seit Ende des 16. Jahrhunderts als privilegierte Korporationen für den überseeischen Handel geschaffen wurden, unter dem Einfluß des Vorbildes der Reederei eine aktiengesellschaftliche Verfassung an (niederländisch-ostindische 1602, englisch-ostindische, 1599 in Form der Gilde gegründet, 1613, französische Compagnie des Indes orientales 1628, brandenburgisch-amerikanische 1688 usw.). Hier kamen auch (zuerst in den Niederlanden) die Namen „Aktie" für die Kapitalanteile und „Aktionist" oder „Aktionär" für die Mitglieder auf.

Die ungeheueren Erfolge dieser Gesellschaften führten zur Ausbreitung der neuen Form, alsbald aber auch zu deren Mißbrauch (Aktienschwindel und Zusammenbruch in Frankreich infolge der staatlich geleiteten Gründungen von Law seit 1719, in England infolge der „Seifenblasen"-Gründungen von 1711—1720) und folgeweise zur Reaktion. Erst seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts erfolgte ein neuer Aufschwung, der seitdem, obschon immer wieder durch Katastrophen unterbrochen, im ganzen angedauert hat. Stets allgemeiner angewandt und reicher ausgestaltet, wurde die AG. vermöge ihrer Fähigkeit, das Kapital zusammenzuballen, zu verselbständigen und zu befruchten, ein Hauptheber des wirtschaftlichen Fortschritts. Im Verkehrs-, Bank- und Versicherungswesen, mehr und mehr aber auch in der Industrie und im Handel erhob sie sich zur Trägerin der wichtigsten Unternehmungen. Doch traten auch die Mängel und Gefahren des reinen Kapitalvereins immer wieder zutage: die Verführung zur Unsolidität durch die Begrenzung des Risikos; das Übergewicht des Gewinnzweckes; die lose Struktur des Vereinskörpers, vermöge deren das Vereinsleben leicht zum Schein wird; die schwindelhaften Formen der Gründung und die Schwierigkeiten gehöriger Kontrolle der Verwaltung; die statt der erhofften Befruchtung oft eintretende Aufsaugung des kleinen Kapitals; die Erhebung des

unpersönlichen Kapitals zum Herrn des Unternehmens und die Steigerung der Übermacht des Kapitals im gesamten Wirtschaftsleben.

Die Gesetzgebung beschäftigte sich lange nicht oder nur repressiv mit der AG., da ursprünglich das Recht jeder einzelnen AG. auf einem als lex specialis aufgefaßten Privileg (Oktroi) beruhte. Zuerst der Code de commerce stellte allgemeine Normen für die als „société anonyme" bezeichnete AG. auf, hielt aber an dem Erfordernis der Staatsgenehmigung zu ihrer Entstehung und an einer starken Staatsaufsicht fest. Diesem Vorbilde folgten andere Gesetzbücher und Spezialgesetze. Seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde in den meisten Staaten die Gründung von AG. freigegeben und nur an Normativbestimmungen gebunden. Die gemachten Erfahrungen führten dann vielfach zur Verschärfung der Normativbestimmungen.

In Deutschland wurde das Aktienrecht zuerst in den preuß. G. v. 3. Nov. 1838 (für Eisenbahngesellschaften) und 9. Nov. 1843, dann im österr. Vereinsgesetz v. 26. Nov. 1852 geregelt. Das HGB. schuf ein einheitliches Aktienrecht. Doch gestattete es, während es grundsätzlich an Staatsgenehmigung und Staatsaufsicht festhielt, dem Landesgesetz die Freigabe der AG., wovon einzelne Staaten (die Hansestädte, Oldenburg, Baden, Württemberg, 1868 auch Sachsen) Gebrauch machten. Auch unterwarf es seinen Vorschriften nur die auf den Betrieb von Handelsgeschäften gerichteten AG.; die anderen AG. wurden teils durch besondere Landesgesetze (Preuß. v. 15. Febr. 1864, Braunschw. 1867, Sachsen 1868, Bayern 1869) geregelt, teils durch Landesgesetz (Hamb. EG. § 24, Oldenb. Art. 20, Meckl. § 3) dem Handelsrecht unterworfen. In beiden Punkten brachte die Novelle vom 11. Juni 1870 durchgreifende Änderungen, indem sie allgemein die Staatsgenehmigung strich und jede AG. zum Kaufmann stempelte. Eine gründliche Reform durch Verschärfung der Normativbestimmungen, Regelung der Verantwortlichkeit von Gründern und Organen, Kräftigung der genossenschaftlichen Seite, Schaffung von Minderheitsrechten usw. vollzog das die Form der Novelle beibehaltende RG. v. 18. Juli 1884. Das neue HGB. hat nur einzelne sachliche Änderungen getroffen, durchweg aber eine gereinigte Fassung hergestellt.

3. Wesen. Über die rechtliche Natur der AG. ist unendlich viel gestritten worden. Man erklärte sie bald für eine Sozietät (Sintenis, Treitschke, Thöl), bald für eine Korporation (Hermann, Renaud, Fick), bald für ein Zwischengebilde, wobei man dann wieder bald eine Gesellschaft mit bloß formeller Persönlichkeit annahm (Jolly, Primker, Dernburg), bald in die juristische Person eine Gesellschaft hineinbaute (Ladenburg, Gerber), bald zur deutschrechtlichen Genossenschaft griff (Beseler, Bluntschli). Oder man ging vom Vermögen aus und konstruierte die AG. bald als sachenrechtliche Gesellschaft (Marbach), bald als Zweckvermögen (Demelius, Bekker), bald als personifizierten Fonds oder Stiftung (Kuntze, Witte). Ja, es wurde die Ansicht laut, die AG. sei ein juristisches Monstrum, das jeder Konstruktion spotte (Brackenhöft). In Wahrheit ist die AG. eine Körperschaft, aber eine besonders geartete Körperschaft, deren eigentümliche Merkmale einerseits in ihrer stark ausgeprägten genossenschaftlichen Struktur, anderseits in ihrem kapitalistischen Bau wurzeln. Als Genossenschaft verknüpft sie verfassungsmäßig den Einheitsbereich einer juristischen Person und Sonderbereiche der einzelnen Glieder zu einem Gemeinschaftsbereich. Als Kapitalgenossenschaft hat sie ihr unentbehrliches Substrat in einem verselbständigten, seinem Nennwerte nach durch einen festen Geldbetrag ausgedrückten und in Anteile zerlegten Vermögen, das den genossenschaftlichen Organismus trägt und bestimmt. Um dieser Eigentümlichkeiten willen ist die AG. durch umfassende handelsrechtliche Sondervorschriften geregelt. Gleichwohl fällt sie unter den Gattungsbegriff der privatrechtlichen Körperschaften und ist daher im Sinne des geltenden Rechts ein subsidiär den Vorschriften des bürgerlichen Rechts unterworfener rechtsfähiger Verein (BGB. § 22).

Literatur: Geschichtliches b. Fick, Z. f. HR. V 1 ff.; Gierke, Genoss. I 990 ff.; Goldschmidt, UG. I 290 ff.; K. Lehmann, Geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts bis zum Code de comm., 1895; Colenbrander, Z. f. HR. L 383 ff.; V. Ring, Asiatische Handelskompagnien Friedrichs d. Gr., 1890.

Sintenis, De societate questuaria, quae dicitur GA., 1837. M. Pöhls, Das Recht der AG. 1842. Thöl §§ 44 ff. Marbach, Ein Wort über den Rechtscharakter der Aktienvereine, 1844. Treitschke, Z. f. D. R. V 324 ff. Jolly, ebenda XI 317 ff. Reyscher, ebenda XIII 382 ff. Ladenburg, Arch. f. H. u. WR. X 227 ff., Busch' Arch. VI 206 ff. Hermann, Der Rechtscharakter der Aktienvereine, 1858. Bekker, Z. f. HR. IV 655 ff.

XVI 32 ff., XVII 379 ff. Kuntze, ebenda VI 229 ff. Witte, ebenda VIII 1 ff. Renaud, Das Recht der AG., 1863, 2. Aufl. 1875. Keyßner, Die AG., 1873. Loewenfeld, Das Recht der AG., 1879. Primker b. Endemann I 471 ff. Gutachten v. Goldschmidt, Wiener und Behrend in Schriften des Vereins f. Sozialpolitik I. Wiener, Der Aktiengesetzentwurf, 1884. Simon, Z. f. HR. XXIX 445 ff. Goldschmidt, ebenda XXX 69 ff. — Komm. zum RG. v. 1884 von Ring; Petersen u. Pechmann; v. Völdernborff; Kayser; Esser; Simon u. Keyßner. — Behrend I 695 ff. — K. Lehmann, Das Recht der AG., Bd. I, 1898, Bd. II, 1904; Lehrb. § 69 ff. Gareis § 31 ff. Cosack §§ 202 ff. — Komm. zum Aktienrecht des neuen HGB. von Pinner; Keyßner; V. Ring. — Simon, Der Einfluß des BGB. auf das Aktienrecht, Z. f. HR. XLIX 1 ff. Pinner, ebenda L 100 ff. — Ring, Handwörterb. der Staatswiss. [3] I 256 ff. — J. Schwandt, Die deutschen AG. im Rechtsverkehr mit Frankreich und England, 1912.

Ausländische Gesetzgebung. In England wurde das G. v. 18. Aug. 1720 (Bubble-Act), das alle Gesellschaften mit veräußerlichen Anteilen (shares) außer den vom Parlament speziell inkorporierten verbot, erst 1825 aufgehoben. Doch wurde zunächst die Bildung solcher Gesellschaften (Joint-stock-companies) nur mit subsidiärer Solidarhaft und ohne Inhaberaktien freigegeben. Allmählich fielen diese Schranken. Doch blieben neben den AG. im kontinentalen Sinne immer solche mit subsidiärer unbeschränkter Haftung der Teilhaber anerkannt. Die verschiedenen Formen der AG. sind geregelt in der Companies-Act v. 1862 mit zahlreichen Novellen; vgl. Cruse mann, Z. f. HR. L 526 ff., LXIV 351 ff; Schirrmacher, Die englische Aktiennovelle v. 8. Aug. 1900, 1901. Jetzt kodifiziert in Companies-Consolidation-Act v. 1908. — In Frankreich wurden die Regeln des Code de comm. über die société anonyme (Art. 19, 29—38, 40, 45) durch ein Ges. v. 23. Mai 1863 ergänzt, das neben ihr die der Staatsgenehmigung nicht bedürftige société à responsabilité limitée schuf; dann aber wurde durch das G. v. 24. Juli 1867 die société anonyme selbst freigegeben; dazu Nov. v. 1. Aug. 1893, 9. Juli 1902, 16. Nov. 1903. — Die Vorschriften des alten deutschen HGB. gelten noch in Österreich; dazu Regulativ v. 20. Sept. 1899, Z. f. HR. XLIX 311 ff., Nothnagel, ebenda L 111 ff. Mit dem jüngeren deutschen R. verwandt: Schweiz. OR. Art. 612—677; Ungar. HGB. §§ 147—222; Schwed. AGB. v. 12. Aug. 1910 (frühere 1848 u. 1895); Serbisches v. 1896; Norweg. v. 19. Juli 1910. — Vgl. Ring, Handwörterb. d. Staatswissensch. [3] I 274 ff. (neu bearb. v. Krieg). K. Lehmann, Gutachten über die Frage: Welche Grundsätze des deutschen Aktienrechts werden bei einer Kodifizierung des österr. Aktienrechts zu berücksichtigen sein? Verh. des XXXI. deutsch. Juristentages I (1912) S. 502 ff.; Grünhut, Gutachten über dieselbe Frage, ebenda II 1 ff.

§ 45. Grundlagen. Die AG. beruht auf einer doppelten Grundlage: einem in Aktien zerlegten Grundkapital und einer genossenschaftlichen Organisation der Teilhaber.

1. Das Grundkapital ist ein durch eine Geldsumme ausgedrückter Nennbetrag (z. B. 10 000 000 Mark), der in anteilmäßige, durch Teilsummen ausgedrückte Nennbeträge (Aktien) zerlegt ist (z. B. 10 000 Aktien zu 1000 Mark). Das Grundkapital fällt nicht zusammen mit dem jeweiligen Vermögen der AG.; das Vermögen der AG. soll allerdings ursprünglich mindestens den Nennbetrag des Grundkapitals erreichen, darf ihn aber infolge der Ausgabe der Aktien zu einem höheren Betrage übersteigen (§ 184); es kann später nicht nur sich mehren, sondern auch sich mindern. Die Aktien bedeuten daher in Wahrheit nicht feste Wertbeträge sondern Bruchteile (im obigen Beispiel $^1/_{10000}$) des jeweiligen Wertes des Gesellschaftsvermögens; sie sind Wertanteile, die ihren Nennbetrag übersteigen oder unter ihn (aber niemals unter Null) sinken können. Die einzelne Aktie ist unteilbar (§ 179 Abs. 1). Über jedes Anteilsrecht wird eine Aktienurkunde, die gleichfalls „Aktie" heißt, oder ein vorläufiger Anteilsschein, der sog. „Interimsschein", ausgestellt; diese Urkunden haben die Natur von Wertpapieren; sie können auf den Inhaber oder auf Namen, nicht voll eingezahlte Aktien aber und Interimsscheine nur auf Namen lauten (§ 179 Abs. 2—4). Der Nennbetrag jeder Aktie muß mindestens 1000 Mark erreichen; doch dürfen Namenaktien bis herab zu 200 Mark ausgegeben werden, wenn dies entweder für ein gemeinnütziges Unternehmen bei örtlichem Bedürfnis oder auf Grund einer unbedingten und unbefristeten öffentlichen Ertragsgewährleistung der Bundesrat genehmigt oder aber die Übertragung der Aktien an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden wird (§ 180). Zur Unterzeichnung der Urkunden genügt eine im Wege mechanischer Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift; durch Vermerk in der Urkunde kann die Gültigkeit der Unterzeichnung von einer besonderen Form abhängig gemacht werden (§ 181). Aktien und Interimsscheine, die auf einen zu geringen Betrag oder vor Eintragung der AG. ausgegeben werden, und Interimsscheine auf Inhaber sind nichtig; die Ausgeber haften als Gesamtschuldner für den Schaden (§ 209).

2. Die Organisation der Teilhaber wird durch eine Vereinsverfassung bewirkt, die innerhalb des gesetzlich vorgezeichneten Rahmens für jede AG. durch besondere Satzung festgestellt werden muß. Die Feststellung muß in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung durch mindestens fünf Personen, die Aktien übernehmen, erfolgen (§ 182 Abs. 1). Die Satzung muß gewisse wesentliche Bestimmungen (Firma und Sitz, Gegenstand, Höhe des Grundkapitals und der Aktien, Vorstandsbildung, Form der Berufung der Generalversammlung und Form der Bekanntmachungen) enthalten (§ 182 Abs. 2 Z. 1—6). Gewisse andere Bestimmungen bedürfen, wenn sie getroffen werden, zu ihrer Gültigkeit der Aufnahme in die Satzung (§§ 183, 185—186).

§ 46. Begründung. Die Begründung der AG. vollzieht sich durch eine Reihe von Handlungen, welche auf die Zusammenbringung des Grundkapitals durch die Einlagen der Mitglieder, auf die Feststellung der Satzung und auf die Erwirkung der Eintragung abzielen.

1. Ihrem rechtlichen Wesen nach ist die Gründung der AG. eine Vereinsgründung. Sie ist daher, wennschon das Gesetz von einem „Gesellschaftsvertrage" spricht, ein schöpferischer Gesamtakt. Die einzelnen Willensaktionen, die dabei vorkommen, sind Elemente der einheitlichen Willensaktion, durch die sich eine Gesamtheit als Einheit setzt. Darum vollzieht sich der Gründungsvorgang bereits in den sozialrechtlichen Formen des Vereinslebens durch geordnete Organtätigkeit nach Maßgabe der Satzung (§ 197). Dieses körperschaftliche Vorleben aber hat (gleich dem Leben des Embryo) nur vorbereitende Bedeutung und bricht wirkungslos zusammen, wenn die Gründung scheitert.

Zugleich indes haben die einzelnen Handlungen, durch die der Gründungsvorgang fortschreitet, ihre individualrechtliche Seite und sind, für sich betrachtet, großenteils besondere Rechtsgeschäfte. Als solche erzeugen sie Rechte und Pflichten unter den Beteiligten. Vielfach aber richten sie sich auf die Begründung von Rechten oder Pflichten der künftigen AG., also eines noch nicht existierenden Dritten. Insoweit sind sie in ihrer Wirksamkeit durch die Entstehung der AG. bedingt. Tritt die AG. ins Leben, so erwirbt sie ohne weiteres die ihr ausbedungenen Rechte. Die ihr angesonnenen Pflichten muß sie, sofern es sich nicht um dem erworbenen Vermögen anhaftende Lasten handelt (RGer. XXIV Nr. 3), besonders übernehmen; nur insoweit sie in die Satzung aufgenommen sind, treten sie mit ihrer Entstehung als ihr angeborene Daseinsbestimmungen ohne weiteres in Kraft.

2. Bei der Gründung jeder AG. müssen mindestens fünf Personen als Gründer auftreten. Als Gründer gelten alle Aktionäre, welche die Satzung feststellen oder andere als bare Einlagen machen (§ 187). Die Gründer können aber eine verschiedene Rolle spielen.

a) Im Falle der sog. Simultangründung übernehmen sie (bei Feststellung der Satzung oder in einer Nachtragsverhandlung) sämtliche Aktien. Hier sind sie also die alleinigen ursprünglichen Aktionäre, die erst durch nachträgliche Veräußerung ihrer Aktien einen größeren Kreis von Teilnehmern zu gewinnen suchen. Sie bringen als wirkliche Gründer den Verein zunächst unter sich zustande. In diesem Sinne gilt mit ihrer Aktienübernahme die AG. als „errichtet" (§ 188).

b) Im Falle der sog. Sukzessivgründung legen die Gründer die von ihnen nicht übernommenen Aktien zur „Zeichnung" auf, sind also nur Plangeber (Vorgründer), die um die Beteiligung anderer werben, mit denen zusammen sie die AG. errichten wollen. Die Zeichnung fordert eine schriftliche und unbedingte Erklärung in einem doppelt ausgestellten „Zeichnungsschein", der über die wesentlichen Punkte der Satzung, die Personen der Gründer, die Einzahlungsbedingungen und den Zeitpunkt, in dem die Zeichnung mangels Errichtung der AG. unverbindlich werden soll, Auskunft geben muß (§ 189). In der Zeichnung liegt ein mit den Gründern geschlossener Vertrag über Zahlung einerseits und Aktienverschaffung anderseits, der nach Vertragsrecht zu beurteilen ist. Zugleich aber ist die Zeichnung eine dem Körperschaftsrecht unterworfene formalisierte Beitrittserklärung zu dem werdenden Verein, die unabhängig von der Gültigkeit ihres Rechtsgrundes die Mitgliedschaftspflichten und Mitgliedschaftsrechte begründet (RGer. LIV Nr. 39). Ist die Zeichnung selbst ungültig, so kann sie auch nicht als Beitrittserklärung wirken. Allein selbst aus einem nichtigen oder durch Verspätung der

Errichtung unverbindlich gewordenen Zeichnungsschein wird der Zeichner der trotzdem entstandenen AG. gegenüber als Mitglied verpflichtet, wenn er sich an der Beschlußfassung über die Errichtung oder später am Leben der AG. tatsächlich als Mitglied beteiligt hat (§ 189 Abs. 4). Die Errichtung selbst erfolgt bei der Sukzessivgründung, nachdem sämtliche Aktien gezeichnet sind und die Anmeldung bei Gericht erfolgt ist, durch eine gerichtlich berufene und geleitete Gründungsversammlung; der Errichtungsbeschluß fordert qualifizierte Mehrheit (mindestens ein Viertel der Aktionäre und ein Viertel des Grundkapitals) und bei wesentlichen Satzungsänderungen Einstimmigkeit (§ 196).

3. Erschwert ist die qualifizierte Gründung. Sie liegt namentlich vor, wenn Einlagen, die nicht in barem Gelde bestehen, gemacht oder Anlagen oder andere Vermögensgegenstände von der AG. übernommen werden sollen; aber auch schon, wenn für einzelne Aktionäre besondere Vorteile bedungen oder eine Gründerentschädigung oder ein Gründerlohn zu Lasten der AG. ausgemacht werden. Vorgeschrieben sind stets gehörige Festsetzung in der Satzung (§ 186), Aufnahme in den Zeichnungsschein (§ 189), besondere Prüfung (§ 193), Einreichung der Verträge und sonstiger Erklärungen bei der Anmeldung (§ 195 Abs. 2 Z. 2), Zustimmung der Mehrheit der nicht begünstigten Aktionäre in der Gründungsversammlung (§ 196) und Mitveröffentlichung (§ 199); im Falle der nicht baren Einlage oder der Übernahme außerdem Aufdeckung und Rechtfertigung in einer Erklärung der Gründer (§ 191) und Prüfung durch besondere Revisoren (§ 192 Abs. 2).

4. Bei jeder Art der Gründung muß eine Prüfung des Herganges durch den hierzu schon im Gründungsstadium zu bestellenden Aufsichtsrat und den Vorstand und, wenn dazu Gründer oder begünstigte Aktionäre gehören, überdies durch besondere Revisoren stattfinden und über das Ergebnis Bericht erstattet werden (§§ 190—194).

5. Einer Staatsgenehmigung bedarf es an sich nicht; ist sie aber wegen Ausgabe von Kleinaktien oder wegen des Gegenstandes des Unternehmens (z. B. Versicherung) erforderlich, so ist die Beibringung der Genehmigungsurkunde Voraussetzung der Eintragung und somit der Entstehung der AG. (§ 195 Z. 6).

6. Das Grundkapital soll, bevor die AG. ins Leben tritt, mindestens teilweise realisiert sein; bei der Anmeldung ist daher zu erklären, wieviel auf die bar zu leistenden Einlagen eingezahlt ist; der bar eingezahlte Betrag muß ein Viertel des Nennbetrages (bei Ausgabe über pari außerdem den Mehrbetrag) erreichen (§ 195 Abs. 3).

7. Die Anmeldung zum Handelsregister muß durch sämtliche Gründer, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder in gehöriger Form unter Beibringung der Satzung und der sonst erforderlichen Urkunden und Erklärungen erfolgen (§ 195). Bei der Simultangründung bezweckt sie alsbaldige Eintragung der errichteten AG., bei der Sukzessivgründung gerichtliche Einberufung der Gründungsversammlung.

8. Die Eintragung erstreckt sich auf die wesentlichen Tatbestände (§ 198), die Bekanntmachung noch auf weitere Punkte (§ 199). Für Zweigniederlassungen gelten besondere Vorschriften (§ 201).

Mit der Eintragung ist die AG. entstanden. Vorher besteht sie als solche nicht. Wird vorher in ihrem Namen gehandelt, so haften, wie nach BGB. § 54 bei jedem nicht rechtsfähigen Verein, die Handelnden persönlich und mehrere als Gesamtschuldner (§ 200). Die AG. entsteht durch die Eintragung, wenn auch die Voraussetzungen einer ordnungsmäßigen Eintragung nicht erfüllt waren. Dagegen besteht die eingetragene AG. nicht, wenn eine wesentliche Grundlage ihres Daseins fehlt (vgl. unten § 55 Z. 3).

9. Seit der Novelle von 1884 besteht eine besondere gesetzliche Gründerverantwortlichkeit. Die Gründer haben die ihnen als Errichtungsorganen obliegenden Funktionen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu erfüllen und haften persönlich und solidarisch, soweit sie nicht ihre Schuldlosigkeit nachweisen, für unrichtige oder unvollständige Angaben, sowie für den Ausfall aus wissentlicher Annahme der Zeichnung eines zahlungsunfähigen Aktionärs; mit ihnen haften die Gründergenossen (Empfänger verheimlichten Gründergewinns, Gehilfen böswilliger Schädigung, Ankündiger von Aktien in den ersten zwei Jahren); subsidiär haften Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder aus unsorgfältiger Prüfung (§§ 202—204). Die Ersatz-

ansprüche aus der Gründerverantwortlichkeit stehen der geschädigten AG. als solcher zu; sie verjähren in fünf Jahren, sind aber fünf Jahre lang unverzichtbar; spätere Verzichte und Vergleiche bedürfen der Zustimmung der Generalversammlung und scheitern an dem Widerspruch einer Minderheit, die ein Fünftel des Grundkapitals darstellt (§§ 205—206). Wissentlich falsche Angaben sind überdies mit Strafe bedroht (§ 313).

10. Zwei Jahre lang nach der Eintragung ist eine sog. Nachgründung durch Übernahme von Anlagen oder Grundstücken für einen Preis, der ein Zehntel des Grundkapitals übersteigt, beschränkt. Ein derartiger Übernahmevertrag bedarf besonderer Prüfung, muß von der Generalversammlung mit qualifizierter Mehrheit (drei Viertel des vertretenen und im ersten Jahr überdies ein Viertel des gesamten Grundkapitals) gutgeheißen werden und ist zum Handelsregister einzureichen. Für den Erwerb durch Zwangsversteigerung und für Grunderwerbsgesellschaften gelten diese Beschränkungen nicht. Die Gründerverantwortlichkeit erstreckt sich auf die Nachgründungen (§ 207—208).

Literatur: Hahn, Über die aus der Zeichnung von Aktien hervorgehenden Rechtsverhältnisse, 1874. Wiener, Z. f. HR. XXI 333 ff., XXIV 1 ff., 450 ff., XXV 1 ff. R. Schmidt, Die zivilrechtliche Gründerverantwortlichkeit, 1888. Rosenwald, Die Revision bei Gründung von AG., 1898. Averbeck, Wesen der Aktienzeichnung, 1900. Reis, Zeichnung von Aktien, 1907. K. Lehmann, Recht der AG. I 158 ff., 308 ff.

§ 47. Mitgliedschaft. Die Mitgliedschaft in der AG. ist Ausfluß des Anteilsrechtes am Grundkapital. Es gibt also eine feste Zahl von Mitgliedschaften, die als „Aktien" konstituiert sind.

1. Ihrem Wesen nach ist die Mitgliedschaft, weil sie Vereinsmitgliedschaft ist, ein personenrechtliches Verhältnis; sie bedeutet Gliedpersönlichkeit im Organismus einer Gesamtpersönlichkeit. Allein weil ihr personenrechtlicher Kern in einer vermögensrechtlichen Hülle steckt, ist sie als Ganzes ein Vermögensgegenstand. Weil ferner die in ihr enthaltenen Pflichten nur Modalitäten von Rechten sind, erscheint sie im ganzen als reines Recht. Weil weiter in ihr der AG. gegenüber ein selbständiges Sonderrecht konstituiert ist, bildet sie als Ganzes für sich ein freies Individualrecht. Weil sie endlich in einem Wertpapier verkörpert wird, teilt sie als Ganzes die Rechtsschicksale einer beweglichen Sache und unterliegt dem sachenrechtlichen Verkehr.

2. Der Erwerb der Mitgliedschaft erfolgt durch den Erwerb des Eigentums an einer Aktie. Das Eigentum an einer Aktie macht zum „Aktionär".

a) Der ursprüngliche Aktienerwerb vollzieht sich auf Grund der Gründerübernahme oder der Zeichnung einer Aktie in dem Augenblick, in dem die Aktie als Mitgliedschaft entsteht. Also mit der Eintragung der AG. oder im Falle der Schaffung neuer Aktien mit der Eintragung der Erhöhung des Grundkapitals. Die Aktienurkunde spielt dabei keine Rolle; sie ist kein konstitutives Wertpapier (RGer. XLI Nr. 3). Vor der Eintragung der AG. oder der Schaffung neuer Anteilsrechte können weder Aktien noch Interimsscheine ausgegeben werden (§§ 200, 287). Der Übernehmer oder Zeichner wird daher Aktionär, bevor ihm die Aktienurkunde ausgehändigt ist; er hat aber einen satzungsmäßigen Anspruch auf Aushändigung einer Aktie jedoch einer Inhaberaktie stets erst nach Volleinzahlung) oder eines Interimsscheins.

b) Der abgeleitete Aktienerwerb vollzieht sich durch Gesamtnachfolge (insbesondere durch Erbgang) oder durch Sondernachfolge in ein Anteilsrecht. Die Übertragung des noch im Werden begriffenen Anteilsrechts ist der AG. gegenüber unwirksam (§ 200 Abs. 2, § 287 Abs. 2), begründet also nur einen obligationenrechtlichen Anspruch auf Übertragung der künftigen Mitgliedschaft. Dagegen ist die erworbene Mitgliedschaft im Zweifel frei übertragbar. Die Übertragung erfolgt mittels Übereignung der Aktienurkunde, die somit ein translatives Wertpapier ist. Lautet die Aktie auf den Inhaber, so genügt Einigung und Übergabe. Namenaktien und Interimsscheine können, wenn sie nicht die Rektaklausel tragen, durch Indossament übertragen werden (§§ 222 Abs. 3, 224).

Die Übertragung (auch die Vererbung) von Namenaktien kann beschränkt oder ausgeschlossen werden (§ 222 Abs. 2). Zur Übertragung von Kleinaktien, deren Übertragung an die Zustimmung der AG. gebunden ist, bedarf es stets der Zustimmung des Aufsichtsrats und

der Generalversammlung und einer Abtretungserklärung in gerichtlicher oder notarieller Form (§ 222 Abs. 4).

Eigne Aktien soll die AG. im regelmäßigen Betriebe nicht erwerben oder auch nur zum Pfande nehmen; ausgenommen, falls es sich nicht um Interimsscheine oder nicht voll eingezahlte Aktien handelt, in Ausführung einer Einkaufskommission (§ 226).

3. Soweit die Mitgliedschaft übertragbar ist, kann an ihr auch ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht bestellt werden, und unterliegt sie der Pfändung. Auch hierbei gelten die durch die Art der wertpapiermäßigen Einkleidung bestimmten Regeln.

4. Die Ausübung der Mitgliedschaft ist durch Vorlegung der Aktienurkunde bedingt; die Aktie ist ein exerzitives Wertpapier. Doch kann, wenn nicht das Gegenteil bestimmt ist, die abhandengekommene oder vernichtete Urkunde im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden; der Aktionär kann dann die Ausstellung einer neuen Urkunde verlangen (§ 228 Abs. 1). Auch hat er ein Recht auf Umtausch einer beschädigten Urkunde gegen eine neue (§ 229).

Die Legitimation zur Ausübung wird bei Inhaberaktien durch den Papierbesitz erbracht. Dagegen ist bei Namenaktien und Interimsscheinen nicht nur außer dem Papierbesitz der Nachweis der Berechtigung aus dem Papier (im Falle der Indossierung nach den für Orderpapiere geltenden Regeln) erforderlich, sondern auch die Legitimation der AG. gegenüber in ein von der AG. zu führendes Mitgliederverzeichnis, das „Aktienbuch", verlegt, so daß im Verhältnis zur AG. nur als Aktionär gilt, wer als solcher eingetragen ist. Somit wird hier der Übergang der Mitgliedschaft auf einen anderen der Gesellschaft gegenüber erst durch Anmeldung und Vermerk im Aktienbuch wirksam. Der neue Aktionär kann die Eintragung fordern, wenn er die Aktienurkunde vorlegt und den Übergang nachweist. Die AG. ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Echtheit von Indossamenten und sonstigen Abtretungserklärungen zu prüfen. (Vgl. § 222 Abs. 1, § 223.)

5. Über einzelne aus der Mitgliedschaft fließende Rechte können besondere Nebenurkunden ausgegeben werden, die auch bei Namenaktien auf den Inhaber lauten können. Dahin gehören die Gewinnanteilscheine, die durch Trennung von der Aktienurkunde, zu der sie gehören, selbständige Wertpapiere werden. Doch werden noch nicht fällige Gewinnanteilscheine (anders als Zinsscheine nach BGB. § 803) durch Kraftloserklärung der Haupturkunde mitentkräftet (§ 228 Abs. 2). Die zum Empfange neuer Gewinnanteilscheine ermächtigenden Erneuerungsscheine bleiben stets von der Aktienurkunde abhängig, so daß der Besitzer der Haupturkunde der Ausgabe neuer Gewinnanteilscheine an den Inhaber des Erneuerungsscheines widersprechen und dann gegen Vorlegung der Haupturkunde die Aushändigung an sich selbst fordern kann (§ 230, wie BGB. § 805).

6. Während der gesetzlichen Regel nach die Mitgliedschaften einander gleich sind, kann die Satzung verschiedene Gattungen von Aktien einführen. So kann sie nebeneinander Namen- und Inhaberaktien gestatten und auch ein Recht auf Umwandlung der einen Form in die andere gewähren (§ 183 Abs. 2). Ferner ist die Ausgabe von Aktien zu ungleichen Nennbeträgen (aber nicht mehr von Aktienanteilen neben den Aktien) zulässig. Endlich können für die einzelnen Gattungen von Aktien ungleiche Rechte, insbesondere bei der Verteilung des Gewinnes und des Gesellschaftsvermögens, festgesetzt werden (§ 185). Die in vermögensrechtlicher Hinsicht bevorzugten Aktien werden als Prioritätsaktien (im Falle ursprünglicher Ausgabe als Stammprioritätsaktien) bezeichnet. Auch Ungleichheiten der Stimmberechtigung sind möglich; doch kann keiner Aktie das Stimmrecht ganz entzogen werden; nur bei älteren AG. können noch stimmlose Aktien vorkommen (§ 252).

7. Da eine Person mehrere Aktien erwerben kann, ist mehrfache Mitgliedschaft in der AG. möglich; ein Aktionär kann doppelter oder hundertfacher Aktionär sein; die Zahl der Aktionäre kann gegenüber der festen Zahl der Aktien beliebig zusammenschrumpfen. Mehrfache Mitgliedschaft gibt, soweit nicht in der Satzung Abweichendes bestimmt ist, mehrfaches Recht. Umgekehrt kann eine Mitgliedschaft mehreren Personen gemeinschaftlich zustehen. In diesem Falle haben die Mitberechtigten, da die Aktie unteilbar ist, nur in ihrer Gesamtheit die Stellung eines Mitglieds; sie können die Mitgliedschaftsrechte nur durch einen gemeinschaftlichen Vertreter ausüben, haften aber für die Mitgliedschaftspflichten als Gesamtschuldner (§ 225).

8. Beendigt wird die Mitgliedschaft durch ihren Wegfall im Falle der Einziehung von Aktien (§ 227) oder der Auflösung der AG.; der einzelne Aktionär verliert die Mitgliedschaft durch Verwirkung (§ 219) oder Veräußerung (nicht dagegen durch Verzicht, vgl. RGer. XVII Nr. 2).

Literatur: F. Meili, Die Lehre von den Prioritätsaktien, 1874. Fr. H. Behrend, Die unvollkommenen Orderpapiere, insbes. die indossablen Namenaktien, 1893. O. Kusenberg, Die Rechtseigenart der Aktienurkunde, 1900. Jacobi, Die Wertpapiere, 1901, S. 346 ff. R. Lehmann, Beiträge zur Lehre von den Erwerbsgründen des Aktienrechts, Z f. HR. LI. 373 ff.; Recht der AG. II 28 ff.

§ 48. Organe. Die AG. hat als rechtsfähiger Verein eine körperschaftliche Organisation, vermöge deren sie durch verfassungsmäßig berufene Organe als wollendes und handelndes Lebewesen in die rechtliche Erscheinung tritt. Die Organe sind keine Stellvertreter. Vielmehr bringen sie innerhalb ihres Zuständigkeitsbereiches die einheitliche Persönlichkeit der AG. selbst unmittelbar zur Darstellung.

Die Organisation ist in ihren Grundzügen unabänderlich durch das Gesetz vorgezeichnet. Notwendige Organe sind die Generalversammlung, der Vorstand und der Aufsichtsrat. Als außerordentliche Organe können auf Verlangen einer Minderheit durch das Gericht und stets behufs Prüfung der Bilanz durch die Generalversammlung Revisoren bestellt werden (§ 266). Die Satzung kann innerhalb des gesetzlichen Rahmens andere Organe (z. B. Direktoren, Ausschüsse, Kommissionen) schaffen, die sich aber einem Hauptorgan ein- oder angliedern müssen. So kann ein Verwaltungsrat als Vorstands- oder Aufsichtsratsabteilung, nicht aber, wie dies früher vorkam, als selbständiges Organ zwischen Vorstand und Aufsichtsrat eingerichtet werden.

Neben den Organen kann die AG. Stellvertreter bestellen, deren Vertretungsmacht sich nach ihrer Vollmacht richtet. Insbesondere auch einen Prokuristen. Die Erteilung der Prokura erfolgt wirksam durch den Vorstand, der aber der Regel nach die Zustimmung des Aufsichtsrats einholen soll (§ 238).

§ 49. Generalversammlung. Das oberste Willensorgan der AG. ist die Generalversammlung. Aber auch sie ist nicht die Gesellschaft selbst, sondern nur deren Organ. Sie wird gebildet durch die geordnete Versammlung der gehörig berufenen Aktionäre.

1. Die Berufung der Generalversammlung erfolgt durch den Vorstand oder ein sonst ermächtigtes Organ in der satzungsmäßig bestimmten Form. Wer seine Aktie hinterlegt, kann die Ladung durch eingeschriebenen Brief verlangen. Bei der Berufung müssen die Verhandlungsgegenstände angekündigt werden. Bis zur Versammlung muß eine Frist von mindestens zwei Wochen bleiben. Eine Berufung soll außer den vorgesehenen Fällen stets stattfinden, wenn das Interesse der AG. es fordert. Das Recht, die Berufung oder die Ankündigung bestimmter Verhandlungsgegenstände zu verlangen, steht einer Minderheit von Aktionären zu, die zusammen ein Zwanzigstel oder einen satzungsmäßig bestimmten kleineren Bruchteil des Grundkapitals vertreten. Wird dem Verlangen der Minderheit nicht entsprochen, so kann das Gericht die Minderheit ermächtigen, selbst die Berufung oder Ankündigung vorzunehmen. (Vgl. §§ 253—257.)

2. Die Teilnahme an der GV. kann keinem Aktionär versagt werden. Jedem Aktionär aber steht, soweit nicht auf Grund des älteren Rechts noch Ausnahmen vorkommen, notwendig auch das Stimmrecht zu (oben § 47 Z. 6). Das Stimmrecht wird nach Aktienbeträgen ausgeübt. Die Satzung kann jedoch das Stimmrecht in anderer Weise abstufen, insbesondere die Stimmenhäufung ausschließen, einschränken oder durch degressive Progression abschwächen, aber auch Ungleichheiten nach Aktiengattungen einführen. Das Stimmrecht ruht im Falle unmittelbarer Interessenkollision. Das Stimmrecht kann und muß unter Umständen durch Vertreter ausgeübt werden; für die Vollmacht ist schriftliche Form erforderlich und ausreichend. Die Satzung kann aber die Vertretung einschränken (nur durch Aktionäre, nur bis zu einer bestimmten Stimmenzahl usw.). Solche Einschränkungen, die namentlich bei Häufungsverboten unentbehrlich sind, bedürfen dann der Sicherung gegen Umgehung durch Scheinübertragungen. So wird oft bei Namenaktien die Ausübung des Stimmrechts daran geknüpft, daß die Eintragung in das Aktienbuch (außer bei Erbfällen) längere Zeit vor der GV. erfolgt

ist; bei Inhaberaktien daran, daß die Aktie bis zu einem bestimmten Zeitpunkt hinterlegt ist, wobei dann aber mindestens zwei Wochen Zeit zur Hinterlegung gelassen werden müssen. Auch werden mitunter besondere Stimmkarten ausgegeben. Strafbar sind Stimmenverkauf, Stimmenkauf und Stimmenanmaßung. (Vgl. §§ 252, 255, 317—318.)

3. Die Verhandlung richtet sich nach der satzungsmäßigen Geschäftsordnung. Gesetzlich vorgeschrieben ist die Aufnahme eines Teilnehmerverzeichnisses und die Beurkundung jedes Beschlusses durch ein gerichtliches oder notarielles Protokoll, das in öffentlich beglaubigter Abschrift sofort zum Handelsregister einzureichen ist (§§ 258—259).

4. Die Beschlußfassung erfolgt mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen; die Satzung kann die Beschlußfassung durch das Erfordernis der Anwesenheit einer bestimmten Stimmenzahl zur Beschlußfähigkeit oder durch die Bindung gewisser Beschlüsse an verstärkte oder qualifizierte Mehrheit erschweren, bei Wahlen auch (z. B. durch Entscheidung mit relativer Mehrheit) erleichtern (§ 251). Gesetzlich ist vorgeschrieben, daß zu jeder Satzungsänderung eine Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt, erforderlich und ausreichend ist; die Satzung kann Abweichendes bestimmen, jedoch für eine Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens nur mehr, nicht weniger fordern (§ 275 Abs. 1—2).

5. Die Zuständigkeit der GV. ist die eines obersten (gewissermaßen souveränen) Körperschaftsorgans (§ 250). Ihr gebührt die Ausübung der Satzungsgewalt, die Bestellung und Absetzung der anderen Organe, die letzte Entscheidung in inneren Fragen, die Beschlußfassung über die Geschäftsführung und deren Kontrolle, die Prüfung der Bilanz und die Festsetzung der Gewinnverteilung, die Erteilung der Entlastung, die Vertretung der AG. gegen die anderen Organe bei Verträgen und Prozessen. Die Satzung kann die Zuständigkeit der GV. mehren oder mindern, ihr aber die vom Gesetz für wesentlich erklärten Befugnisse nicht entziehen. Allein die Zuständigkeit der GV. hat eine doppelte Schranke.

a) Die GV. kann den gesetzlichen und statutarischen Lebensbereich der AG. nicht überschreiten. An sich würde sie daher mangels satzungsmäßiger Ermächtigung auch diesen Lebensbereich nicht ausdehnen oder abändern können. Hierzu aber ist sie jetzt schon gesetzlich ermächtigt (§ 274).

b) Die GV. kann Sonderrechte von Aktionären nicht ohne deren Zustimmung beeinträchtigen (BGB. § 35) und ebensowenig Sonderverpflichtungen von Aktionären ohne deren Zustimmung begründen (§ 276). Jedoch genügt, wenn Klassenvorrechte durch eine Satzungsänderung erhöht oder gemindert werden, die Zustimmung der Gesamtheit der benachteiligten Aktionäre in Form eines von einer besonderen Generalversammlung derselben mit Dreiviertelsmehrheit gefaßten Beschlusses (§ 275 Abs. 3).

6. Die Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung kann binnen einem Monat im Wege der Klage erfolgen. Anfechtungsberechtigt ist jeder erschienene Aktionär, wenn er Widerspruch zu Protokoll erklärt hat, und jeder nichterschienene Aktionär, wenn er die Anfechtung auf Mängel der Berufung stützt, sowie der Vorstand und bei Straf- oder Haftungsgefahr auch das einzelne Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied. Die Klage ist gegen die durch den Vorstand (falls er nicht selbst klagt) und Aufsichtsrat vertretene AG. zu richten. Sie gehört vor das Landgericht. Die Erhebung der Klage ist bekanntzumachen. Mehrere Anfechtungsprozesse sind zu verbinden. Soweit der Beschluß durch rechtskräftiges Urteil für nichtig erklärt wird, wirkt das Urteil für und wider alle Aktionäre. Diese gesetzliche Regelung und Einschränkung des Anfechtungsrechts (§§ 271—273) erstreckt sich auch auf Fälle, in denen Sonderrechte verletzt sind, nicht aber auf Fälle, in denen in den freien Individualbereich eines Aktionärs eingegriffen ist oder die Versammlung überhaupt keine GV. war oder der Beschluß wegen Verletzung zwingender Rechtssätze nichtig ist.

7. In gewissen Fällen kann eine Minderheit von Aktionären an Stelle der GV. die Rechte und Interessen der AG. als deren Organ wahrnehmen. Insbesondere kann eine Minderheit, die ein Zehntel des Grundkapitals umfaßt, eine Prüfung von Vorgängen bei der Gründung, Geschäftsführung oder Liquidation in den letzten zwei Jahren durch gerichtlich bestellte Revisoren herbeiführen, falls die GV. einen auf Prüfung gerichteten Antrag abgelehnt

hat (§§ 266—267). Ferner kann eine gleiche Minderheit wider den Willen der Mehrheit binnen drei Monaten durch gerichtlich ernannte Bevollmächtigte eine Schadensersatzklage der AG. gegen Gründer, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder oder Liquidatoren erheben (§§ 268 bis 269). Auch kann eine gleiche Minderheit die Vertagung der Verhandlung über die Prüfung der Bilanz durchsetzen (§ 264). Dazu kommt das Minderheitsrecht auf Berufung einer GV. oder Änderung der Tagesordnung (oben Z. 1).

Literatur: Hergenhahn, Berufung und Tätigkeit der GV., 1888. K. Lehmann, Einzelrecht und Mehrheitswille in den AG., Arch. f. b. R. IX 297 ff.; Recht der AG. II 153 ff. H. V. Simon, Die Vertretung eigener und fremder Aktien in Generalversammlungen, Festgabe für Wilke (1900), S. 257.

§ 50. Vorstand. Der Vorstand ist das unentbehrliche Vertretungs- und Geschäftsführungsorgan der AG.

1. Die Bildung des Vorstandes richtet sich nach der Satzung (§ 231). Er kann aus einer Person oder aus mehreren Personen bestehen. Die Mitglieder brauchen nicht Aktionäre zu sein. Die Berufung in den Vorstand erfolgt mangels anderer Bestimmung durch Wahl der GV., kann aber einem anderen Organ (dem Vorstand selbst oder dem Aufsichtsrat) übertragen sein. Die Abberufung aus dem Vorstand ist jederzeit zulässig. Jede Änderung ist einzutragen (§ 234).

2. Die Zuständigkeit des Vorstandes umfaßt notwendig die unbeschränkte und unbeschränkbare gerichtliche und außergerichtliche Vertretung der AG. (§ 231 Abs. 1). Mehrere Vorstandsmitglieder sind mangels anderer Bestimmung nur gemeinschaftlich zur Vertretung befugt (mit Ermäßigungen durch § 232 Abs. 1); die Vertretungsmacht kann aber einem einzelnen Vorstandsmitgliede für sich oder zusammen mit einem Prokuristen eingeräumt werden (§ 232 Abs. 2). Die Zeichnung soll unter Hinzufügung des Namens des Zeichnenden zu der Firma oder der Benennung des Vorstands erfolgen (§ 233).

Der Vorstand hat überdies die Stellung eines Geschäftsführungsorganes der AG., ist aber hierbei an die satzungsmäßigen Beschränkungen und die Beschlüsse der GV. gebunden. Insbesondere hat er für die Buchführung zu sorgen (§ 239) und die Jahresbilanz rechtzeitig und ordnungsmäßig nach Maßgabe der wirklichen Vermögenslage aufzustellen und mit den Bemerkungen des Aufsichtsrats nach vorheriger zweiwöchiger Auslegung im Geschäftslokal der GV. vorzulegen (§§ 261—263). Im Falle eines Vermögensverlustes, der die Hälfte des Grundkapitals erreicht, hat er unverzüglich die GV. zu berufen, im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Konkurseröffnung zu beantragen (§ 240).

3. Die Vorstandsmitglieder sowie die etwaigen Stellvertreter von Mitgliedern (§ 242) sind Vereinsbeamte, mit deren Organstellung sich individuelle Rechte und Pflichten gegenüber der AG. verbinden. Nähere Bestimmungen darüber kann der mit ihnen geschlossene Anstellungsvertrag treffen, der die Natur eines Dienstvertrages hat, aber nicht den Regeln über die Dienstverträge mit Handlungsgehilfen unterliegt. Die Vorstandsmitglieder können nach Satzung oder Vertrag eine Vergütung empfangen, sei es festen Gehalt, sei es Naturalbezüge, sei es einen Anteil am Jahresgewinn, der dann aber nur vom Reingewinne zu berechnen ist (§ 237). Sie sind verpflichtet, mangels Einwilligung der AG. sich des Betriebes eines Handelsgewerbes, des Geschäftsbetriebes im Handelszweige der AG. und der Teilnahme an einer anderen Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter zu enthalten; die Verletzung dieser Verpflichtung hat ähnliche Folgen, wie bei den sonstigen Konkurrenzverboten (§ 236). Bei Erfüllung ihrer Funktionen haben sie die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden; aus Verletzung dieser Pflicht haften sie der AG. als Gesamtschuldner für Schadensersatz (§ 241). Dazu tritt bei schweren Verfehlungen eine besondere strafrechtliche Verantwortlichkeit (§§ 312—315). Zur Erfüllung gewisser Obliegenheiten können sie durch Ordnungsstrafen angehalten werden (§ 319).

Literatur: Hergenhahn, Der Vorstand der AG., 1893. K. Lehmann, R. der AG. II 230 ff.

§ 51. Aufsichtsrat. Der Aufsichtsrat ist das notwendige Kontrollorgan der AG. (bis 1870 nur fakultativ).

1. Seiner Bildung nach muß der Aufsichtsrat ein von der Generalversammlung gewähltes Kollegium von mindestens drei Mitgliedern sein; die Wahl des ersten Aufsichtsrats gilt für die Zeit bis zur Beendigung der ersten, nach Ablauf eines Jahres seit Eintragung der AG. zur Beschlußfassung über die Jahresbilanz abgehaltenen GV.; spätere Wahlen können für eine anders bestimmte Zeit, aber längstens für die Zeit bis zur Beendigung der über das vierte Geschäftsjahr nach Ablauf des Geschäftsjahrs der Wahl beschließenden GV. erfolgen; eine Abberufung kann jederzeit (aber mangels anderer Bestimmung nur mit Dreiviertelsmehrheit) von der GV. beschlossen werden (§ 243). Die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat ist mit Vorstandsmitgliedschaft und sonstiger zur Geschäftsführung berufender Beamtenstellung unvereinbar (§ 248). Aktionäre brauchen die Aufsichtsratsmitglieder nicht zu sein (anders bis 1884).

2. Die Zuständigkeit des Aufsichtsrats umfaßt vor allem die Überwachung des Vorstandes in allen Zweigen der Geschäftsführung; zu diesem Behuf ist er berechtigt und verpflichtet, sich stets vom Gange der Geschäftsführung zu unterrichten, Berichte einzufordern, die Bücher einzusehen und die Bestände zu untersuchen; insbesondere hat er die Bilanz zu prüfen und darüber der GV. zu berichten (§ 246). Dazu kommen einzelne positive Befugnisse, wie Berufung einer GV. und Mitwirkung bei Bestellung eines Prokuristen. Zur Vertretung der AG. ist der Aufsichtsrat berufen, wenn es sich um Verträge oder Prozesse mit dem Vorstand handelt (§ 247). Die Satzung kann dem Aufsichtsrat weitergehende Befugnisse in Ansehung der Geschäftsführung und der Vereinsleitung zuweisen (§ 246 Abs. 3).

3. Die Aufsichtsratsmitglieder haben die Stellung von Vereinsbeamten und können daher die Ausübung ihrer Obliegenheiten nicht anderen übertragen (§ 246 Abs. 4). Den Mitgliedern des ersten Aufsichtsrats kann eine Vergütung nur nachträglich durch die GV. gewährt werden; im übrigen gelten für eine ihnen zugesicherte Besoldung gleiche Regeln wie bei Vorstandsmitgliedern (§ 245). Die Aufsichtsratsmitglieder haben ihre Obliegenheiten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu erfüllen und haften aus Verletzung ihrer Amtspflichten zusammen mit den Vorstandsmitgliedern der AG. als Gesamtschuldner für Schadensersatz (§ 249). Daneben gilt auch für sie ein Sonderstrafrecht (§§ 312—315).

Literatur: J. Bauer, Der Aufsichtsrat, 1892. Keyßner, Z. f. HR. XLVIII 521 ff. F. C. Zitelmann, ebenda LII 31 ff. Künzel, Der Aufsichtsrat der AG., 1901. K. Lehmann, R. der AG. II 335 ff. Stier-Somlo, Der Aufsichtsrat der AG., 1905. A. Cohn, Der Aufsichtsrat der AG., 1907.

§ 52. Innere Rechtsverhältnisse.

1. Die AG. ist ein genossenschaftlicher Verband, der Rechtsverhältnisse zwischen der juristischen Person und ihren Mitgliedern begründet. Die Mitglieder haben als solche keinerlei Rechte und Pflichten gegeneinander, sondern nur Rechte und Pflichten gegen die aus ihnen zusammengesetzte Gesamtperson. Diese Rechte und Pflichten sind teils personenrechtlichen, teils vermögensrechtlichen Inhalts. Sie zeigen eine innige Verflechtung rein körperschaftsrechtlicher Beziehungen, in denen die Aktionäre lediglich als Gliedpersonen stehen, und sonderrechtlicher Verhältnisse, die in den Individualbereich der Mitglieder hineinreichen. Inwieweit die einzelnen Rechte und Pflichten in die eine oder andere Kategorie gehören und somit dem Vereinswillen unterworfen oder entzogen sind, ist eine schwierige und vielfach umstrittene Frage, bei deren Lösung neben dem Gesetz zugleich die Satzung heranzuziehen ist. Dabei ist zu beachten, daß der sonderrechtliche Charakter in ungleicher Stärke ausgeprägt sein kann. Die Sonderrechte sind bald Einzelvorrechte (z. B. aus § 186), bald Klassenvorrechte (nach § 185), bald Rechte aller Aktionäre. Immer ist für jeden Aktionär das Recht auf die Mitgliedschaft selbst ein Sonderrecht. Außerdem hat nach dem Wesen der Genossenschaft jeder Aktionär stets einen sonderrechtlichen Anspruch auf gleichmäßige Behandlung mit den übrigen Aktionären (vgl. RGer. XLI Nr. 25, LII Nr. 78).

2. Die Mitgliedschaftspflichten erschöpfen sich nach der gesetzlichen Regel in vermögensrechtlichen Leistungen. Die Satzung kann aber den Aktionären auch personenrechtliche Pflichten, z. B. zur Annahme von Vereinsämtern, auferlegen.

a) Begrifflich wesentliche Aktionärpflicht ist die Kapitaleinlagepflicht. Sie wird durch den Nennbetrag der Aktie oder ihren höheren Ausgabepreis begrenzt (§ 213) und

ist, soweit nicht Sacheinlagen gehörig festgesetzt sind, durch Barzahlung zu erfüllen. Für die Einzahlung können Termine in der Satzung bestimmt, es kann aber auch die sukzessive Einforderung von Ratenbeträgen durch Vereinsorgane vorgesehen sein. Vor der Volleinzahlung dürfen keine Inhaberaktien ausgegeben werden.

Die Einlagepflicht trifft den *Aktionär als solchen*. Sie ist integrierender Bestandteil der Mitgliedschaft und geht notwendig mit ihr über. Außerdem aber bleibt jeder Rechtsvorgänger bis hinauf zum ursprünglichen Zeichner verhaftet. Doch tritt die Haftung nur subsidiär der Reihe nach rückwärts ein, wenn die Zahlung vom Rechtsnachfolger nicht zu erlangen ist. Für Zahlungsunfähigkeit des Rechtsnachfolgers wird vermutet, wenn er auf Zahlungsaufforderung vier Wochen nach Benachrichtigung des Vorgängers nicht gezahlt hat. Die Haftung des Vorgängers beschränkt sich ferner auf die in den letzten zwei Jahren vor Anmeldung der Aktienübertragung zum Aktienbuch eingeforderten Beträge. Sie ist endlich bedingt durch das Angebot der Wiedereinsetzung in die Mitgliedschaft. (Vgl. § 220.)

Hinsichtlich der Leistungspflichten der Aktionäre und ihrer Rechtsnachfolger besteht ein unbedingtes *Liberierungsverbot* (anders das ursprüngliche HGB. Art. 222—223 und schweiz. OR. Art. 636—638). Jede Befreiung ist nichtig; auch können gegen die Leistungen Forderungen an die AG. nicht aufgerechnet werden (§ 221).

Zahlungsverzug des Aktionärs bewirkt von Rechts wegen den Lauf von Verzugszinsen; auch können in der Satzung Vertragsstrafen festgesetzt werden (§ 218). Überdies aber kann die AG. stets (früher nur im Falle satzungsmäßiger Ermächtigung) das Verwirkungsverfahren einleiten (§§ 219—220). Zu diesem Behufe muß sie in gehöriger Form (regelmäßig durch dreimalige öffentliche Bekanntmachung) unter Setzung einer Nachfrist von bestimmter Mindestdauer die säumigen Aktionäre auffordern, die Zahlung bei Vermeidung des Ausschlusses zu leisten. Ein Aktionär, der trotzdem nicht zahlt, ist dann durch öffentliche Bekanntmachung seines Anteilsrechts und der geleisteten Einzahlungen zugunsten der AG. für verlustig zu erklären. Er bleibt aber trotzdem für den Ausfall, den die AG. schließlich erleidet, verhaftet. Über die verwirkte Mitgliedschaft wird eine neue Urkunde ausgegeben, die sowohl die geleisteten Teilzahlungen wie den eingeforderten Betrag umfaßt. Diese Urkunde wird dem Rechtsvorgänger ausgehändigt, falls er den rückständigen Betrag bezahlt. Ist auch von keinem Rechtsvorgänger Zahlung zu erlangen, so kann die AG. das Anteilsrecht zum Börsenpreise oder in Ermangelung eines solchen durch öffentliche Versteigerung verkaufen.

b) Ob neben den Kapitaleinlagen den Aktionären durch die Satzung *wiederkehrende, nicht in Geld bestehende Leistungen* auferlegt werden können, wie dies namentlich bei den Rübenaktiengesellschaften mit Rübenlieferungspflicht der Aktionäre allgemein geschah, war vor Erlaß des neuen HGB. eine berühmte Streitfrage. Das Reichsgericht verneinte die Möglichkeit und hielt derartige Satzungsbestimmungen nur mit Hilfe der Umdeutung in Nebenverträge kümmerlich aufrecht. Nach jetzigem Recht ist die Belastung der Mitgliedschaft mit der Verpflichtung zu solchen Nebenleistungen zulässig, sofern die Übertragung der Anteilsrechte an die Zustimmung der AG. gebunden wird. Der Inhalt und der Umfang der Verpflichtung müssen aus den Aktien oder Interimsscheinen ersichtlich sein. Die Satzung kann für Nichterfüllung Vertragsstrafen festsetzen. Anderseits kann sie bestimmen, daß die AG. die Zustimmung zur Übertragung nur aus wichtigen Gründen verweigern darf (§ 212).

3. Die *Mitgliedschaftsrechte* haben ihren Kern in dem Anteil des Aktionärs am Vermögen der AG.; die personenrechtlichen Befugnisse des Aktionärs sind Ausflüsse dieses vermögensrechtlichen Grundrechtes.

a) Das *Anteilsrecht* des Aktionärs, von dem auch das neue HGB. spricht, obschon es den Art. 216 des alten HGB., der den „verhältnismäßigen Anteil am Vermögen" ausdrücklich gewährleistete, gestrichen hat, ist sachenrechtlicher Natur. Man darf es nicht, wie oft geschieht, in ein Forderungsrecht umdeuten. Vielmehr ergreift es unmittelbar zu einem Bruchteil das als objektive Einheit konstituierte Gesamtvermögen. Allein es enthält keinen Miteigentumsanteil, sondern den Anteil an einem genossenschaftlichen Gesamteigentum. Dabei ist das Vermögen nur seinem Werte nach in Quoten zerlegt, die zu Sonderrecht verteilt sind. Im übrigen steht die Vermögensherrschaft einheitlich und ungeteilt der Gesamtperson zu, die über die ein-

zelnen Vermögensgegenstände frei zu verfügen hat. In diesem Bereiche hat der Aktionär als einzelner keinerlei Mitherrschaft, sondern ist nur als Gliedperson kraft seines Stimmrechtes zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung berufen (§ 250). Darauf aber, daß ihm diese Mitwirkung gewährt werde, hat er ein unantastbares Sonderrecht.

b) Das Anteilsrecht sichert dem Aktionär eine Wertquote des Vermögensstockes. Der Aktionär kann jedoch während des Bestandes der AG. seinen Wertanteil nicht herausverlangen (§ 213), ihn vielmehr nur durch Veräußerung realisieren. Sein Kapitalanteil erschöpft sich daher in einer Anwartschaft auf den entsprechenden Geldbetrag im Falle der Auflösung der AG. Diese Anwartschaft aber darf ihm nicht entzogen werden. Darum braucht er sich keine Verfügung der AG. gefallen zu lassen, die unmittelbar auf Entwertung seines Anteils gerichtet ist. Insbesondere kann er einer reinen Schenkung widersprechen (ROHG. XXII 281, XXIV 225, RGer. III Nr. 39).

c) Das Anteilsrecht gewährt ferner dem Aktionär einen verhältnismäßigen Anteil am Vermögensertrage.

Mangels anderer Bestimmung gebührt ihm ein entsprechender Gewinnanteil (Dividende). Der Gewinnanteil ist jährlich von dem aus der Bilanz ersichtlichen Reingewinn zu berechnen und auszuzahlen (§ 213 u. § 214 Abs. 1). Von dem Reingewinn ist jedoch nach gesetzlicher Vorschrift zunächst ein bestimmter Teil (mindestens ein Zwanzigstel bis zur Erreichung von einem Zehntel des Grundkapitals) zur Bildung eines Reservefonds zu verwenden, in den überdies aller Agiogewinn aus der Ausgabe von Aktien und der Gewinn aus Zuzahlungen für Vorzugsrechte fließt (§ 262). Ferner sind die etwaigen satzungsmäßigen Abzüge (für Tantiemen, Erneuerungsfonds, Tilgungsfonds, Unterstützungskassen, gemeinnützige Zwecke usw.) vorweg zu machen. Die Festsetzung der Gewinnverteilung erfolgt durch die Generalversammlung (§ 260). Der Aktionär hat aber ein Sonderrecht auf richtige Festsetzung. Darum sind die maßgebenden Vorlagen (Bilanz, Gewinn- und Verlustberechnung, Geschäftsbericht und Bemerkungen des Aufsichtsrats) mindestens während der letzten zwei Wochen vor der GV. zur Einsicht aller Aktionäre auszulegen, auf Verlangen den Aktionären auch Abschriften zu erteilen (§ 263). Ist der Gewinnanteil endgültig festgestellt, so verstärkt sich das Sonderrecht des Aktionärs zu einem vollkommen selbständigen Anspruch auf den fälligen Betrag.

Neben oder statt der Dividende können Zinsen von bestimmter Höhe weder bedungen noch ausbezahlt werden (§ 215 Abs. 1). Die sog. „Zinsen", die allen Aktien oder den Vorzugsaktien oft zugesichert werden, sind daher nur eine Vorzugsdividende, die insoweit, als Reingewinn vorhanden ist, vor der Speisung gewisser Fonds oder vor der Berücksichtigung der anderen Aktien zu verteilen ist. Sind nicht auf alle Aktien gleichmäßige Einzahlungen geleistet, so entfällt mangels anderer Bestimmung auf alle Aktien eine Vorzugsdividende bis zu 4 v. H. der eingezahlten Beträge (§ 214). Ausnahmsweise dürfen in der ursprünglichen Satzung für einen kalendermäßig bestimmten Zeitraum der Vorbereitung des Unternehmens Zinsen von bestimmter Höhe (sog. „Bauzinsen") bedungen werden (§ 215).

Für wiederkehrende Leistungen, die satzungsmäßig neben den Kapitaleinlagen beizutragen sind, kann eine ihren Wert nicht übersteigende Vergütung ohne Rücksicht auf das Vorhandensein von Gewinn gezahlt werden (§ 216).

Die Satzung kann den Anspruch auf Dividende ausschließen oder begrenzen. Sie kann auch dafür oder daneben den Aktionären Gebrauchs- oder Nutzungsrechte am Vereinsvermögen (z. B. freien Eintritt in einen Garten oder ein Theater der AG.) einräumen. Auch solche Rechte sind mitgliedschaftliche Sonderrechte.

4. Zu den inneren Rechtsverhältnissen der AG. gehören auch die Beziehungen zwischen der Gesamtperson und ihren Organpersonen. Sowohl die körperschaftlichen wie die individuellen Rechte und Pflichten der Organpersonen bestehen nur gegen die AG. als solche. Daher sind auch Gründer, Vorstandsmitglieder, Aufsichtsratsmitglieder und Liquidatoren nur der Gesellschaft, nicht, wie vielfach nach ausländischem Recht, den einzelnen Aktionären verantwortlich. Auch wenn der Aufsichtsrat wegen eigener Verantwortlichkeit gegen den Beschluß der Generalversammlung Vorstandsmitglieder verklagt (§ 247 Abs. 2) oder die Minderheit gegen den Willen der Mehrheit Klage erhebt (§ 268), wird der Prozeß im Namen der AG. geführt.

Literatur: E. Alexander, Die Sonderrechte der Aktionäre, 1892. E. Hallier, Die Sonderrechte der Aktionäre, 1892. K. Lehmann, Arch. f. b. R. IX 297 ff., R. der AG. II 394 ff. G. Bachmann, Die Sonderrechte des Aktionärs, 1902. — Wolff, Z. f. HR. XXXII 19 ff., Arch. f. b. R. III 293 ff., Festgabe für Wilke S. 321 ff. West, Busch Arch. XXXVI 96 ff. Lippmann, Z. f. HR. XXXIX 126 ff. F. Moos, ebenda LXX 184 ff. — J. Lauer, Inventur und Bilanz bei AG. u. KG. a. A., 1897. Simon, Die Bilanzen der AG. 2. Aufl. 1898. H. Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften usw., 1903.

§ 53. Äußere Rechtsverhältnisse. Die AG. ist als juristische Person rechts- und parteifähig (§ 210). Sie handelt durch ihre Organe und ist auch für unerlaubte Organhandlungen nach BGB. § 31 verantwortlich. Auch im öffentlichen Recht hat sie die Stellung einer juristischen Person, wird als solche besteuert, kann wegen des Gegenstandes ihres Unternehmens (z. B. Eisenbahn-, Hypothekenbank-, Versicherungsbetrieb) einer besonderen Staatsaufsicht unterliegen und besondere Rechte und Pflichten haben.

Den Gläubigern der AG. haftet das Vereinsvermögen. Die Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens durch die der AG. auferlegten Verfügungsbeschränkungen besteht auch zugunsten der Gläubiger. Die Gläubiger haben ein Recht darauf, daß das Grundkapital in unversehrtem Bestande erhalten werde, und können die Nichtigkeit verbotener Befreiungen, Rückzahlungen oder Verzichte für sich geltend machen.

Darüber hinaus haften die einzelnen Aktionäre für die Verbindlichkeiten der AG. unmittelbar neben der AG. insoweit, als sie zur Ungebühr Zahlungen von der AG. empfangen haben. Doch brauchen sie niemals das in gutem Glauben als Gewinnanteil oder als Zinsen Bezogene herauszugeben. Auch verjährt der Anspruch gegen sie in fünf Jahren (§ 217).

Außerdem haften hinter der AG. die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder unmittelbar und persönlich als Gesamtschuldner insoweit den Gläubigern, als sie für eine ordnungswidrige Minderung des Grundkapitals (durch Rückzahlungen, Zahlung von Zinsen oder Gewinnanteilen, Erwerb oder Einziehung eigner Aktien, verfrühte Aktienausgabe, ungehörige Verteilung usw.) ersatzpflichtig sind. Diese Haftung wird weder durch einen Verzicht der AG. auf ihren Ersatzanspruch noch dadurch aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschluß der Generalversammlung beruht. Die Ansprüche der Gläubiger verjähren in fünf Jahren. (Vgl. §§ 241 u. 249.)

§ 54. Veränderung. Die AG. verändert sich in ihrem wesentlichen Bestande weder durch den Wechsel ihrer Glied- oder Organpersonen noch durch Wachsen oder Schwinden ihres Vermögens. Dagegen verändert sie sich durch jede Änderung ihrer Satzung oder ihres Grundkapitals.

1. Jede Satzungsänderung fordert außer dem mit gehöriger Mehrheit gefaßten Generalversammlungsbeschluß und der Zustimmung der in Sonderrechten betroffenen Aktionäre (§§ 274—276) die Eintragung in das Handelsregister und wird erst mit der Eintragung wirksam (§ 277).

2. Eine Erhöhung des Grundkapitals erfolgt durch Ausgabe neuer Aktien, die häufig als „Prioritätsaktien" mit Vorzugsrechten ausgestattet werden. Sie soll nicht vor Volleinzahlung des bisherigen Kapitals (von unerheblichen Rückständen abgesehen) stattfinden; nur bei Versicherungsgesellschaften kann die Satzung ein anderes bestimmen. Der Erhöhungsbeschluß fordert die Form der Satzungsänderung in Verbindung mit besonderer Beschlußfassung der einzelnen ungleich berechtigten Mitgliederklassen. Insoweit die Errichtung der AG. der Staatsgenehmigung bedurfte, ist auch zur Erhöhung des Grundkapitals Staatsgenehmigung erforderlich. Sowohl der Erhöhungsbeschluß wie die erfolgte Erhöhung sind anzumelden und einzutragen; beides kann aber verbunden werden. Für den Vollzug der Erhöhung gelten ähnliche Regeln wie bei der Gründung der AG. (Verbot der Ausgabe unter dem Nennbetrage, besondere Behandlung der Sacheinlagen, Form der Aktienzeichnung, sofortige Bareinzahlung von einem Viertel, keine Ausgabe von Mitgliedschaftsurkunden vor Eintragung der erfolgten Erhöhung, Unübertragbarkeit der Anteile bis zu diesem Zeitpunkt). Eine eigentümliche Rolle aber spielen hier die Bezugsrechte auf neue Aktien. Nach dem neuen HGB. hat jeder Aktionär ein gesetzliches Bezugsrecht auf einen seinem Anteil entsprechenden Teil der neuen

Aktien; der Vorstand hat den Ausgabepreis zu veröffentlichen und kann für die Ausübung eine Frist (mindestens zwei Wochen) setzen. Das gesetzliche Bezugsrecht kann nicht durch die Satzung, wohl aber durch den Erhöhungsbeschluß beseitigt werden. Die Zusicherung sonstiger Bezugsrechte ist nur unter Vorbehalt des gesetzlichen Bezugsrechts und nicht vor dem Erhöhungsbeschluß zulässig. Doch bleiben die bei älteren AG. wirksam zugesicherten Bezugsrechte in Kraft. (Vgl. §§ 278—287; EG. Art. 28.)

Statt der Erhöhung des Grundkapitals kann die AG., um sich Geldmittel zu beschaffen, eine bloße Erhöhung des Betriebskapitals durch Aufnahme eines Darlehens vornehmen. Gewöhnlich geschieht dies durch Ausgabe von Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber, die als „Prioritätsobligationen" bezeichnet werden. Sie gewähren nur Gläubigerrecht, nicht Mitgliedschaft.

3. Eine Herabsetzung des Grundkapitals fordert einen mit mindestens Dreiviertelsmehrheit gefaßten Generalversammlungsbeschluß und besondere Beschlüsse der einzelnen Mitgliederklassen, die Eintragung in das Handelsregister und gleiche Sicherungsmaßregeln zugunsten der Gläubiger, wie sie im Falle der Auflösung vorgeschrieben sind. Sie bezweckt entweder eine teilweise Zurückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre oder die Konstatierung der Verminderung des Grundkapitals durch Verluste. Die Ausführung erfolgt entweder durch Herabsetzung der Aktienbeträge, die aber nur zulässig ist, wenn dadurch der gesetzliche Mindestbetrag nicht unterschritten wird, oder durch Verminderung der Aktienzahl. Im letzteren Falle werden entweder alle Aktien gleichmäßig betroffen oder einzelne Aktien eingezogen. Beschließt die AG. eine gleichmäßige Reduktion der Aktienzahl durch Zusammenlegung mehrerer Aktien in eine, so kann sie die nach gehöriger öffentlicher Aufforderung nicht eingereichten und ebenso die ihr eingereichten, aber der Zahl nach zum Ersatz durch neue Aktien nicht ausreichenden Aktien für kraftlos erklären; die dafür auszugebenden neuen Aktien hat sie für Rechnung der Beteiligten zum Börsenpreis oder öffentlich zu verkaufen und den Erlös auszuzahlen oder zu hinterlegen. Soll die Herabsetzung durch Einziehung (Amortisation) der erforderlichen Zahl einzelner Aktien ausgeführt werden, so kann dies entweder mittels freihändigen Ankaufes oder mittels Auslosung oder Kündigung geschehen. Doch kann kein Aktionär wider seinen Willen der Einziehung unterworfen werden, wenn nicht schon in der ursprünglichen Satzung oder durch Satzungsänderung vor Zeichnung der Aktie die Einziehung angeordnet oder gestattet ist. Die erfolgte Herabsetzung ist einzutragen. (Vgl. §§ 288—298, 227.)

Die Einziehung von Aktien kann auf Grund einer Satzungsbestimmung (jedoch außer dem Falle des freien Ankaufes nur auf Grund der ursprünglichen Satzung) auch ohne Herabsetzung des Grundkapitals erfolgen; dann darf aber hierfür nur der nach der Bilanz verfügbare Gewinn (oft angesammelt in einem Tilgungsfonds) verwendet werden (§ 227). Die Wirkung ist Verminderung der Zahl der Mitgliedschaften bei gleichem Grundkapital, so daß nun die verbleibenden Aktien einen größeren Anteil gewähren, als ihr Nennbetrag ausdrückt. Als Abfindung für die ausgelosten oder gekündigten Aktien wird mitunter neben Kapital oder statt desselben ein Recht auf Fortbezug von Dividende oder auch einer festen Rente zugesichert, über das Genußscheine (actions de jouissance) ausgestellt werden.

Literatur: Sachs, Z. f. HR. XIX 313 ff. Nissen, ebenda S. 353 ff. Keyßner, ebenda XX 467 ff. Goldschmidt, ebenda XXI 1 ff. Hergenhahn, Busch' Arch. XLVIII 169 ff. K. Lehmann, R. der AG. II 438 ff. Wieland, Z. f. HR. LXVII 1 ff.

§ 55. Beendigung.

1. Auflösungsgründe der AG. sind Ablauf einer gesetzten Zeit, Beschluß der Generalversammlung mit Dreiviertelsmehrheit, sofern nicht die Satzung noch mehr fordert, und Konkurseröffnung (§ 292); ferner die sonst in der Satzung vorgesehenen Gründe (möglicherweise auch Staatsauflösung), nach preuß. AG. Art. 18 die Auflösung wegen rechtswidriger das Gemeinwohl gefährdender Handlungen oder Unterlassungen durch Urteil des Verwaltungsgerichts und nach richtiger, aber nicht herrschender Ansicht die endgültige Vereinigung aller Aktien in einer Hand. Die Auflösung ist (außer bei Konkurs) anzumelden und einzutragen (§ 243). In gewissen Fällen (Scheitern einer geplanten Vermögensübertragung, Beendigung des Kon-

kurses durch Zwangsvergleich oder Einstellung) kann die Auflösung durch Beschluß der GV. rückgängig gemacht werden (§ 307).

2. Regelmäßige Wirkung der Auflösung ist die Liquidation. Nur im Falle des Konkurses tritt an Stelle derselben das Konkursverfahren (KonkO. §§ 207—208).

Die Liquidation (§§ 294—302) erfolgt nach ähnlichen Regeln wie bei der o. HG. Während der Liquidation gilt aber hier nicht Gesellschaftsrecht, sondern Körperschaftsrecht fort; die aufgelöste AG. bleibt für den Zweck ihrer Selbstzersetzung ein Liquidationsverein auf Aktien. Daher besteht die Vereinsorganisation fort; sie ändert sich jedoch dadurch, daß, während Generalversammlung und Aufsichtsrat ihre Funktionen behalten, an Stelle des Vorstandes die Liquidatoren treten. Zu Liquidatoren sind die bisherigen Vorstandsmitglieder oder die sonst durch Satzung oder Beschluß bestellten Personen berufen; aus wichtigen Gründen aber kann auf Antrag des Aufsichtsrats oder einer Minderheit von einem Zwanzigstel das Gericht Liquidatoren ernennen oder entlassen. Die Liquidatoren sind auch hier Vertreter und Geschäftsführer im Umfange des Liquidationszwecks; sie werden durch Beschlüsse der GV. gebunden und unterstehen der Kontrolle des Aufsichtsrats. Die Liquidation zielt auf Abwicklung der Geschäfte, Versilberung der Aktiva, Berichtigung der Passiva und Verteilung des nach Befriedigung oder doch Sicherstellung der Gläubiger verbleibenden Reinvermögens. Besondere Vorschriften gelten für die Liquidationsbilanzen. An die Gläubiger muß hier eine dreimal zu veröffentlichende Aufforderung gerichtet werden, ihre Ansprüche anzumelden. Von der dritten Bekanntmachung an läuft ein Sperrjahr, nach dessen Ablauf frühestens die Vermögensverteilung stattfinden darf. Die Verteilung des Reinvermögens erfolgt, soweit nicht Vorrechte (z. B. für Prioritätsaktien) bestehen, nach Anteilen; doch sind bei ungleichmäßigen Einzahlungen zunächst die gemachten Einzahlungen zu erstatten und etwaige Fehlbeträge nach Aktien umzulegen und durch Einforderung rückständiger Einzahlungen zu decken. Nach Beendigung der Liquidation und Legung der Schlußrechnung ist das Erlöschen der Firma anzumelden und einzutragen; doch kann erforderlichenfalls noch eine Nachliquidation angeordnet werden.

Die Übertragung des Vermögens im ganzen kann in gleicher Weise wie die Auflösung beschlossen werden und bewirkt jedenfalls, wenn die AG. noch nicht aufgelöst war, deren Auflösung (§ 303 Abs. 1—2). Die Liquidation wird dadurch erleichtert, aber nicht beseitigt; insbesondere gelten auch hier die Vorschriften zur Sicherung der Gläubiger, so daß die Ausantwortung des Vermögens an den Übernehmer nicht vor der Schuldenberichtigung und frühestens nach Ablauf des gesperrten Jahres erfolgen darf (§ 303 Abs. 3). Im Falle der Vermögensübertragung auf eine andere AG. oder KG. a. A. gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft (Fusion) ist die Erhöhung des Grundkapitals und der Umtausch der Aktien erleichtert (§ 305). In drei Fällen aber kann bei der Übernahme des Vermögens im ganzen durch eine andere juristische Person die Liquidation wegbedungen werden. Dann tritt Gesamtnachfolge ein, die sich von Rechts wegen mit der Eintragung ins Handelsregister vollzieht. Der erste Fall ist die Vermögensübernahme durch das Reich, einen Bundesstaat oder einen inländischen Kommunalverband (§ 304). Der zweite Fall ist die Fusion; doch ist hier, wenn die Liquidation unterbleibt, das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft durch die Fusionsgesellschaft getrennt zu verwalten und bleibt zunächst den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft verhaftet; die Vereinigung der Vermögen darf erst nach Aufforderung und Befriedigung der Gläubiger und frühestens nach Ablauf des Sperrjahres erfolgen (§ 306). Der dritte Fall ist die besonders geregelte Umwandlung einer AG. in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (RG. v. 20. April 1892 §§ 80—81).

3. Nichtigkeitserklärung. Ist eine AG. nichtig, weil ihr ein wesentliches Erfordernis des Bestandes infolge Unvollständigkeit ihrer Satzung oder Nichtigkeit einer Satzungsbestimmung (oder Formmangels der Satzung, RGer. LIV Nr. 107) fehlt, so kann nach dem neuen HGB. jeder Aktionär sowie jedes Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied die Nichtigkeitsklage gegen die AG. anstellen (§ 309). Doch sind die meisten Mängel durch Generalversammlungsbeschluß in Form der Satzungsänderung heilbar; unheilbar sind Nichtigkeiten in Ansehung der Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien (§ 310). Erfolgt die Nichtigkeitserklärung, so wirkt sie an sich zurück. Doch vollzieht sich nach ihrer Eintragung die Abwicklung ihrer Verhältnisse unter entsprechender Anwendung der für den Fall der Auflösung geltenden Vorschriften;

auch bleibt die Wirksamkeit der mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte unberührt und insoweit, als es zur Erfüllung eingegangener Verbindlichkeiten erforderlich ist, das Einlageversprechen der Aktionäre bindend (§ 311).

Literatur: Wiener, Z. f. HR. XXVII 33 ff. Sachs, ebenda XXIX 35 ff. H. Küfner, Fusion einer AG., 1896. Goldstein, Der Konkurs der AG., Hirths Annalen 1901 S. 721 ff. Simonis, Die Nichtigkeitserklärung der AG., 1901. K. Lehmann, R. der AG. II 501 ff.

Zweiter Titel: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien.

§ 56. Begriff, Geschichte und Wesen.

1. Begriff. Die KG. a. A. ist ein Kapitalverein, bei dem mindestens ein Mitglied (persönlich haftender Gesellschafter) unbeschränkt für die Vereinsschulden haftet, während die übrigen (Kommanditisten) sich nur mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital beteiligen (§ 320 Abs. 1).

2. Geschichte. Diese Gesellschaftsform entstand in Frankreich, aber auch in Deutschland (Berliner Diskontogesellschaft 1850) aus dem Bestreben, das Aktienprinzip unabhängig von staatlicher Genehmigung zu verwerten. Dies wurde erreicht, indem bei einer KG. ein in Aktien zerlegtes Kapital als Kommanditeinlage behandelt und die Gesamtheit der Teilhaber nach dem Vorbild der AG. organisiert wurde. Mißbräuche veranlaßten eine gesetzliche Regelung. In Frankreich erging das Ges. v. 17. Juni 1856, an das sich das HGB. Art. 173—206 anschloß. Es forderte Staatsgenehmigung, von der aber viele Landesgesetze (wie preuß. EG. Art. 10), die bei der AG. an ihr festhielten, absahen. Die Novelle von 1870 gab die KG. a. A. frei, erhob jede KG. a. A. zur Handelsgesellschaft und näherte auch sonst ihr Recht dem Recht der AG. an, regelte sie aber nach wie vor als Unterart der KG. vor der AG., um dann bei der letzteren vielfach auf sie zu verweisen. Ebenso verfuhr trotz tiefgreifender Wandlungen im einzelnen die Novelle von 1884. Dagegen hat das neue HGB. die KG. a. A. hinter die AG. gestellt und zu einer Nebenform der AG. umgestaltet. Nur in Ansehung des Rechtsverhältnisses der p. h. G. zueinander, zur Kommanditistengesamtheit und zu Dritten wird noch auf das Recht der KG., im übrigen auf das Recht der AG. verwiesen (§ 320 Abs. 2—3).

3. Wesen. Die KG. a. A. ist eine Mischform. Während sie aber nach bisherigem Recht, obschon im Widerspruch mit ihrem tatsächlichen Wesen, als Unterart der KG. und somit als bloße Gesellschaft konstruiert werden mußte, erscheint sie jetzt als ein der AG. wesensverwandter Verein, dem Elemente der KG. eingefügt sind. Sie ist zwar nicht (wie die Kommanditaktiengesellschaft des Schweiz. OR. Art. 676) eine bloße Unterart der AG., allein sie ist gleich dieser eine selbständige Kapitalgenossenschaft mit eigner Persönlichkeit.

Literatur: Renaud, Das Recht der KG., S. 635 ff. Primker b. Endemann §§ 134—136. Goldschmidt, System S. 129 ff. Hergenhahn, Z. f. HR. XLII 69 ff. Behrend § 144 ff. W. Reichau, Die KG. a. G. und der rechtsfähige Verein, 1903. K. Lehmann § 95. Gareis § 37. Cosack § 219.

§ 57. Rechtsgrundsätze.

1. Grundlagen. Die KG. a. A. fordert ein in Aktien zerlegtes Grundkapital, für das jetzt durchweg das Recht der AG. gilt, und eine gehörig festgestellte Satzung. Außerdem aber fordert sie einen oder mehrere p. h. G. Diese können sich zugleich mit Vermögenseinlagen beteiligen. Während aber das bisherige Recht ihre Beteiligung mit eigentümlich gebundenen Vermögenseinlagen obligatorisch machte, überläßt das neue HGB. sowohl das Ob wie das Wie ihrer Beteiligung dem autonomischen Belieben. Sie können sich mit Aktien beteiligen, die aber kein Stimmrecht in der Generalversammlung geben (§ 327 Abs. 1). Erfolgen ihre Vermögenseinlagen nicht auf das Grundkapital, so müssen sie nach Art und Höhe in der Satzung festgesetzt werden (§ 322).

2. Errichtung. Die Gründung der KG. a. A. erfolgt nach den für die Gründung der AG. geltenden Regeln mit einzelnen Abweichungen, die sich daraus ergeben, daß die p. h. G. notwendig als Gründer und zugleich als vorläufiger Vorstand fungieren und in der Gründungs-

versammlung (oder bei einer Nachgründung) kein Stimmrecht haben (§§ 323—324). Während nach dem alten HGB., das die p. h. G.er allein zu Gründern berief, die Gründung nur in der Form der Sukzessivgründung erfolgen konnte, ist jetzt, da auch Kommanditisten als Mitgründer auftreten können, auch eine Simultangründung möglich.

3. Organisation. Die KG. a. A. hat eine körperschaftliche Organisation, die sich von der Organisation einer AG. dadurch unterscheidet, daß es an einem Vorstande fehlt. Geborene Vertreter und Geschäftsführer sind vielmehr die p. h. G., die im allgemeinen die Rechte und Pflichten von p. h. G. einer KG. haben (Modifikationen des Konkurrenzverbotes in § 326). Allein damit verbinden sie in Ansehung des Vereinslebens die Funktionen eines Vorstandes und sind auch der gleichen privat- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit wie Vorstandsmitglieder unterworfen (§ 325). Ganz nach den Regeln des Aktiengesellschaftsrechtes ist die Generalversammlung eingerichtet. Sie umfaßt jedoch nur die Kommanditisten und ist daher keineswegs herrschendes, sondern nur mitherrschendes Organ des Vereins; ihre Beschlüsse bedürfen in allen Angelegenheiten, in denen bei der KG. ein Gesellschaftsbeschluß erforderlich ist, der Zustimmung der p. h. G.; nur die (über das bei gewöhnlichen Kommanditisten gegebene Maß erweiterten) Kontrollbefugnisse, insbesondere das Recht auf Bestellung von Revisoren, und die Geltendmachung von Rechten des Vereins gegen andere Organe stehen der GV. oder einer Minderheit von Aktionären selbständig zu (§ 327). Als selbständiges Kontrollorgan des Vereins fungiert ein durchaus nach Aktiengesellschaftsrecht gebildeter Aufsichtsrat, der hier zugleich regelmäßig die Beschlüsse der Kommanditisten auszuführen und die Gesamtheit der Kommanditisten den p. h. G. gegenüber zu vertreten hat (§ 328).

4. Innere Rechtsverhältnisse. Das Verhältnis der p. h. G. untereinander und gegenüber der Kommanditistengesamtheit richtet sich nach dem Recht der KG.; insoweit schließt also dieser Verein ein Gesellschaftsverhältnis ein. Dagegen gilt für das Verhältnis zwischen dem Verein und seinen Organen und Mitgliedern Aktiengesellschaftsrecht. Die einzelnen Kommanditisten haben durchweg die Rechte und Pflichten von Aktionären einer AG. Die p. h. G. stehen ihnen, soweit sie zugleich Aktionäre sind, in vermögensrechtlicher Hinsicht gleich, entbehren aber des Stimmrechts. Im übrigen bestimmen sich ihre Anteile am Vereinsvermögen und an Gewinn und Verlust nach dem Recht der KG.; doch dürfen sie, solange eine ihre Kapitalanteile übersteigende Unterbilanz vorhanden ist, kein Geld auf ihren Kapitalanteil beziehen; auch ist von dem auf sie fallenden Gewinn der gesetzlich vorgeschriebene Abzug für den Reservefonds zu machen (§ 329).

5. Äußere Rechtsverhältnisse. Die KG. a. A. ist nach heutigem Recht eine juristische Person; den Gläubigern aber haften neben ihr unmittelbar und unbeschränkt die p. h. G.er. Die Kommanditisten haften in gleichem Umfange wie Aktionäre einer AG.

6. Veränderung. Während der Wechsel in der Person der Kommanditisten für den Bestand der KG. a. A. unerheblich ist, hat der Eintritt oder das Ausscheiden eines p. h. G.s gleiche Bedeutung wie bei der KG. Das Ausscheiden eines p. h. G.s ist aber, abgesehen von einer durch die Kommanditistengesamtheit und die übrigen p. h. G. erwirkten Ausschließung, überhaupt nur zulässig, soweit es in der Satzung vorgesehen ist. Eine Satzungsänderung und eine Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals erfolgt nach Aktiengesellschaftsrecht mit der Maßgabe, daß der qualifizierte Versammlungsbeschluß der Zustimmung der p. h. G. bedarf. Als bloße Veränderung ist im neuen HGB. auch die Umwandlung der KG. a. A. in eine AG. geregelt (§§ 332—334).

7. Beendigung. Die Auflösungsgründe richten sich nach dem Recht der KG.; nur fällt die Auflösung durch den Konkurs eines Kommanditisten und durch Kündigung seines Gläubigers weg; auch steht das Kündigungsrecht der Kommanditisten, ihr Mitbestimmungsrecht bei einem Auflösungsbeschluß und ihr Antragsrecht auf gerichtliche Auflösung hier nur der mit mindestens Dreiviertelmehrheit beschließenden Generalversammlung zu (§ 330). In Preußen kann auch eine KG. a. A. durch verwaltungsgerichtliches Urteil aufgelöst werden (AG. Art. 4). Die Wirkungen der Auflösung richten sich nach Aktiengesellschaftsrecht; zu Liquidatoren sind der Regel nach hier die p. h. G. und eine oder mehrere von der Generalversammlung gewählte Personen berufen (§ 331).

Dritter Titel: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

§ 58. Begriff, Geschichte und Wesen.

1. Begriff. Die G. m. b. H. ist ein in das Handelsregister eingetragener Verein, bei dem sämtliche Mitglieder mit Einlagen auf ein Stammkapital beteiligt sind und kein Mitglied für die Vereinsverbindlichkeiten persönlich haftet. Sie kann für jeden gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden (§ 1), ist aber stets Handelsgesellschaft (§ 13 Abs. 3).

2. Geschichte. Diese Gesellschaftsform ist durch das RG. v. 20. April 1892 (neue Fassung v. 20. Mai 1898) geschaffen worden, um neben der AG. eine freiere und einfachere Form der Kapitalgenossenschaft darzubieten. Ihr Recht lehnt sich an das Aktiengesellschaftsrecht an, hat aber auch aus dem Recht der o. HG., der eingetragenen Genossenschaft und der bergrechtlichen Gewerkschaft geschöpft. Die neue Form hat schnell eine außerordentliche Verbreitung erlangt und sich vielfach als geeignetes Gewand für gesunde Gemeinschaftsbildungen bewährt, aber auch mancherlei bedenkliche Erscheinungen ins Leben gerufen. Eine Nachbildung des deutschen Gesetzes mit einigen Verbesserungen ist das österreichische Gesetz über G. m. b. H. vom 6. März 1906.

3. Wesen. Die G. m. b. H. ist gleich der AG. eine als rechtsfähiger Verein anerkannte Kapitalgenossenschaft. Sie ist aber einerseits eine Genossenschaft mit weit unvollkommenerer Körperschaftsverfassung und noch stärker entwickelten Sonderrechtsverhältnissen, steht daher einer bloßen Gesellschaft näher. Anderseits ist ihr kapitalistischer Bau minder scharf ausgeprägt, weil die Verkörperung der Mitgliedschaften in Wertpapieren und somit deren Unterwerfung unter den fahrnisrechtlichen Verkehr wegfällt. Diese Vereinsform kann für beliebige Zwecke benutzt, sie kann von zwei Gesellschaftern für ein geringfügiges gemeinschaftliches Unternehmen verwandt, aber auch für ein Großunternehmen mit zahlreichen Beteiligten gewählt werden, sobald nur auf die Ausgabe börsenmäßiger Anteilscheine verzichtet wird.

Literatur: Goldschmidt, Alte und neue Formen der Handelsgesellschaft, 1892. Komm. v. Neukamp (4. Aufl. 1907); Hergenhahn (5. Aufl. v. Liebmann, 1906); Parisius u. Crüger (5. Aufl. 1911); Maurer (2. Aufl. Birkenbihl 1899); R. Esser (2. Aufl. 1898); Förtsch (2. Aufl. 1899); Staub (1903, 2. Aufl. v. Hachenburg, 1906). E. Rosenthal, Handwörterb. der Staatswiss.[3] IV 706 ff. K. Lehmann § 97—104. Gareis § 39. Cosack § 218. — K. Grünhut, Die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach österr. R., 1906. — Gutachten über die Vereinheitlichung des deut. u. österr. Rechts von Neukamp und von v. Pittreich, Verh. des XXXI. Deut. Juristentagen (1912) II 221 ff. u. 314 ff.

§ 59. Rechtsgrundsätze.

1. Grundlagen. Die G. m. b. H. beruht gleich der AG. auf der doppelten Grundlage eines in Anteile zerlegten Kapitals von bestimmtem Nennbetrage, das hier Stammkapital heißt, und der genossenschaftlichen Organisation der Teilhaber.

Das Stammkapital muß mindestens 20 000 Mark betragen; es muß gedeckt sein durch Stammeinlagen, deren jede mindestens 500 Mark betragen muß, aber auch auf einen höheren durch 100 teilbaren Betrag in Mark lauten kann (§ 5). Jeder Stammeinlage entspricht ein verhältnismäßiger Geschäftsanteil (§ 14).

Die genossenschaftliche Organisation muß durch einen Gesellschaftsvertrag, der in Wahrheit Vereinssatzung ist, hergestellt sein; er bedarf des Abschlusses in gerichtlicher oder notarieller Form und der Unterzeichnung durch sämtliche Gesellschafter und muß die Firma und den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens und die Beträge des Stammkapitals und jeder Stammeinlage enthalten (§§ 2—3). Die Firma muß, wenn nicht eine mit einem fremden Geschäft erworbene Firma fortgeführt wird, Sachfirma oder Kollektivfirma sein, stets aber den Zusatz „mit beschränkter Haftung" aufnehmen (§ 4). Unerläßlich ist ferner die Bestellung eines oder mehrerer Geschäftsführer, sei es im Gesellschaftsvertrage oder sei es doch vor der Anmeldung (§ 6).

2. Entstehung. Die G. m. b. H. entsteht mit der Eintragung in das Handelsregister; wer vorher in ihrem Namen handelt, haftet persönlich (§ 11). Die Eintragung erfolgt auf gehörige Anmeldung, bei der der Gesellschaftsvertrag, die Legitimation der Geschäftsführer und

eine Gesellschafterliste einzureichen ist (§ 8). Bedarf der Gegenstand des Unternehmens der Staatsgenehmigung, so ist auch die Genehmigungsurkunde beizubringen (§ 8 Abs. 1 Z. 4). Die Anmeldung darf überdies nicht erfolgen, bevor auf jede in Geld zu leistende Stammeinlage ein Viertel, mindestens aber der Betrag von 250 Mark eingezahlt ist (§ 7); die Anmeldenden haben sich versichern, daß diese Leistungen bewirkt sind und ihr Gegenstand sich in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet, und haften für die Richtigkeit ihrer Angaben (mit fünfjähriger Verjährungsfrist) persönlich und als Gesamtschuldner (§ 8 Abs. 2, § 9). Sacheinlagen und auf die Stammeinlagen zu verrechnende Vergütungen für übernommene Vermögensgegenstände sind zulässig, wenn sie im Gesellschaftsvertrage genau festgesetzt sind (§ 5 Abs. 4); irgendeine Prüfung findet hier nicht statt. Die Eintragung erstreckt sich auf die wesentlichen Punkte des Gesellschaftsvertrages und die Personen der Geschäftsführer, die Veröffentlichung auch auf etwaige Sacheinlagen oder Vermögensübernahmen (§ 10; über Zweigniederlassungen § 12).

3. Mitgliedschaft. Die Mitgliedschaft knüpft sich an die Geschäftsanteile, die untereinander ungleich sein können. Ursprünglich kann jeder Gesellschafter nur einen Geschäftsanteil erwerben (§ 5); später kann er weitere Geschäftsanteile hinzuerwerben, die aber ihre Selbständigkeit behalten (§ 15 Abs. 2). (In Österreich kann jeder Gesellschafter nur einen Geschäftsanteil erwerben, der aber durch eine weitere Stammeinlage erhöht wird.) Die Geschäftsanteile sind vererblich und, vorbehaltlich satzungsmäßiger Beschränkungen, frei veräußerlich; die Abtretung erfolgt durch dinglichen Vertrag in gerichtlicher oder notarieller Form; gleicher Form bedarf der obligatorische Veräußerungsvertrag, dessen Formmangel aber durch formgerechte Abtretung geheilt wird (§ 15). Der Gesellschaft gegenüber wird die Veräußerung erst durch Anmeldung und Nachweis wirksam, doch haftet ihr der Erwerber schon vorher neben dem Veräußerer für Einlagerückstände (§ 16). Eine Teilung von Geschäftsanteilen ist, sofern der Betrag rund bleibt und nicht unter 500 Mark sinkt, bei Veräußerung oder Erbgang mit schriftlicher Genehmigung der Gesellschaft zulässig; die Satzung kann für den Fall der Veräußerung an ein Mitglied und des Erbganges die Genehmigung erlassen, aber auch die Teilung ganz ausschließen (§ 17). Steht ein Geschäftsanteil mehreren ungeteilt zu, so sind sie nur zu gesamter Hand berechtigt, aber solidarisch verpflichtet (§ 18).

4. Organisation. Die Organisation ist in der Hauptsache der Satzung überlassen; das Gesetz hat nur einzelne teils zwingende, teils nachgiebige Vorschriften.

a) Oberstes Organ ist mangels anderer Bestimmung die Versammlung der Gesellschafter, die aber durch schriftliche Abstimmung ersetzt werden kann, wenn alle Gesellschafter in der Sache oder doch über diese Abstimmungsart einig sind. Die Versammlung muß gehörig berufen sein, kann aber ohne gehörige Berufung beschließen, wenn alle Gesellschafter anwesend sind. Hinsichtlich der Fälle der Berufung, des Minderheitsrechts auf Berufung und der Ankündigung der Tagesordnung gelten ähnliche Vorschriften wie bei der AG.; Form der Berufung ist aber hier die spezielle Ladung durch eingeschriebenen Brief. Die Beschlußfassung erfolgt mit Mehrheit der abgegebenen Stimmen, wobei je 100 Mark Geschäftsanteil eine Stimme geben. Eine Vollmacht zur Stimmabgabe fordert Schriftform. Das Stimmrecht ruht bei Interessenkollision. Die Zuständigkeit der Versammlung erstreckt sich wie bei der AG. auf die Beschlußfassung in Gesellschaftsangelegenheiten, die Kontrolle der Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft gegen die Geschäftsführer, umfaßt aber auch die Bestellung eines Prokuristen oder Generalhandlungsbevollmächtigten. (Vgl. §§ 45—51.)

b) Notwendiges Organ sind ein oder mehrere Geschäftsführer, die durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt sein können, sonst durch Beschluß oder in anderer satzungsmäßig vorgesehener Weise bestellt werden. Sie können Gesellschafter oder Fremde sein. Ihre Bestellung ist jederzeit widerruflich, doch kann der Gesellschaftsvertrag die Zulässigkeit des Widerrufs auf den Fall eines wichtigen Grundes beschränken. Die Funktionen der Geschäftsführer gleichen denen des Vorstandes der AG.: nach außen unbeschränkte und unbeschränkbare, jedoch im Zweifel nur kollektive Vertretung, nach innen Beschlußausführung, Leitung, Buchführung und Aufstellung gehöriger Bilanzen. Eine Veröffentlichung der Bilanzen ist hier (außer bei Bankgeschäften) nicht vorgeschrieben. Bei Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäfts-

mannes sind sie der Gesellschaft verantwortlich. (Vgl. §§ 35—44.) (Das österreichische Gesetz legt den Geschäftsführern ein Konkurrenzverbot auf.)

c) Sonstige Organe kann die Satzung anordnen. Ist ein Aufsichtsrat zu bestellen, so gilt für ihn im Zweifel Aktiengesellschaftsrecht (§ 52). (In Österreich ist bei größeren Gesellschaften der Aufsichtsrat obligatorisch.) — Für alle Organe (auch anmeldende Mitglieder) besteht ein Sonderstrafrecht (§§ 82—84).

5. Innere Rechtsverhältnisse. Die G. m. b. H. begründet ähnliche genossenschaftliche Rechtsverhältnisse wie die AG.; doch ist der Satzung auch hier freierer Spielraum gelassen.

a) Mitgliedschaftspflichten. Neben der Kapitaleinlagepflicht können den Gesellschaftern beliebige andere Verpflichtungen gegen die Gesellschaft auferlegt werden, müssen aber im Gesellschaftsvertrage festgesetzt sein (§ 3 Abs. 2).

Die Verpflichtung zur Einzahlung der Stammeinlagen ist in Ansehung der Verzugsfolgen, der Haftung von Rechtsvorgängern, des Verwirkungsverfahrens und des unbedingten Befreiungsverbotes ganz ähnlich wie die Einlagepflicht des Aktionärs geregelt (§§ 19—23, 25). Es besteht aber der Unterschied, daß hier ein Fehlbetrag, der weder vom Zahlungspflichtigen eingezogen noch durch Verkauf des Geschäftsanteils gedeckt werden kann, von den übrigen Gesellschaftern nach Verhältnis ihrer Geschäftsanteile aufzubringen ist (§ 24).

Zum Unterschiede von der AG. kann hier durch den Gesellschaftsvertrag eine Nachschußpflicht der Gesellschafter begründet werden. Die Einforderung von Nachschüssen kann dann nur durch Gesellschaftsbeschluß erfolgen. Die Nachschüsse werden nach Geschäftsanteilen umgelegt. Ist die Nachschußpflicht unbegrenzt, so kann sich der Gesellschafter, ähnlich wie der Gewerke von der Zubuße, dadurch befreien, daß er binnen einem Monat seinen Geschäftsanteil der Gesellschaft zur Verfügung stellt; die Gesellschaft, die ihrerseits nach einmonatigem Verzug die Zurverfügungstellung als erfolgt ansehen und dies dem Gesellschafter erklären kann, hat dann binnen einem Monat den Anteil öffentlich verkaufen lassen und einen etwaigen Überschuß dem Gesellschafter herauszugeben; vermag sie auf diesem Wege ihre Befriedigung nicht zu erlangen, so fällt ihr der Anteil an und kann von ihr für eigene Rechnung verkauft werden. Ist die Nachschußpflicht auf einen bestimmten Betrag beschränkt, so gelten im Zweifel für den Verzugsfall die strengeren Vorschriften für Stammeinlagen; der Gesellschaftsvertrag kann auch bei unbeschränkter Nachschußpflicht einen begrenzten Teil unter Stammeinlagenrecht stellen. (Vgl. §§ 26—28.) (Das österreichische Gesetz läßt nur eine begrenzte Nachschußpflicht zu und kennt kein Abandonrecht.)

b) Mitgliedschaftsrechte. Jedem Gesellschafter steht außer dem Anteil am Vereinsleben im Zweifel ein Anspruch auf einen dem Geschäftsanteil entsprechenden Teil des jährlichen Reingewinnes zu (§ 29). Dagegen darf niemals etwas vom Stammkapital an einen Gesellschafter ausgezahlt werden; eingezahlte Nachschüsse können, soweit sie nicht zur Deckung von Verlusten am Stammkapital erforderlich sind, zurückerstattet werden, jedoch erst drei Monate nach öffentlicher Bekanntmachung des Beschlusses (§ 30). Was ein Gesellschafter diesen Vorschriften zuwider empfangen hat, muß er der Gesellschaft erstatten; insoweit dies zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, schützt ihn auch guter Glaube nicht und trifft die übrigen Gesellschafter eine subsidiäre verhältnismäßige Deckungspflicht; Befreiung ist unzulässig, die Ersatzansprüche der Gesellschaft verjähren aber in fünf Jahren (§ 31). Im übrigen braucht der Gesellschafter das, was er in gutem Glauben als Gewinnanteil bezogen hat, auch hier niemals herauszugeben (§ 32). (Das österreichische Gesetz verbietet die Ausgabe von Gewinnanteilscheinen; nach deutschem Recht sind sie zulässig.)

6. Äußere Rechtsverhältnisse. Die G. m. b. H. ist eine juristische Person (§ 13 Abs. 1). Für ihre Verbindlichkeiten haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2). Eine unmittelbare Haftung der Gesellschafter und der Organe, wie bei der AG., besteht hier nicht. Zum Gesellschaftsvermögen aber gehören die Ansprüche der Gesellschaft gegen Mitglieder und Organe, die hier insoweit, als es zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, einerseits auch gegen gutgläubige Gesellschafter begründet sind (§ 31), anderseits von

Verzichten oder Vergleichen nicht berührt und durch Gesellschaftsbeschlüsse nicht ausgeschlossen werden (§ 9 Abs. 2, § 43 Abs. 3, § 64 Abs. 2, § 73 Abs. 3).

7. Veränderung. Die G. m. b. H. wird in ihrem Bestande durch den Wechsel der Gesellschafter und der Geschäftsführer nicht berührt; doch ist jährlich eine Gesellschafterliste einzureichen (§ 40) und jede Veränderung hinsichtlich der Geschäftsführer zur Eintragung anzumelden (§ 39).

Jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages fordert einen mindestens mit Dreiviertelsmehrheit gefaßten Gesellschaftsbeschluß und Eintragung ins Handelsregister; überdies, wenn Sonderrechte beeinträchtigt oder Leistungspflichten erhöht werden, die Zustimmung aller Beteiligten (§§ 53—54).

Eine Erhöhung des Stammkapitals erfolgt im Wege der Satzungsänderung durch Schaffung neuer selbständiger Geschäftsanteile auf Grund neuer Stammeinlagen, hinsichtlich deren gleiche Vorschriften wie für die ursprünglichen Stammeinlagen gelten (§§ 55—57).

Eine Herabsetzung des Stammkapitals, die nur zulässig ist, wenn die Mindestbeträge von Stammkapital und Stammeinlagen erhalten bleiben, fordert gleiche Sicherung der Gläubiger wie die Liquidation und darf frühestens nach Ablauf des Sperrjahres eingetragen werden (§ 58).

Die Einziehung von Geschäftsanteilen ohne Herabsetzung des Stammkapitals darf nur, wenn hierfür das Stammkapital nicht angegriffen wird, auf Grund des Gesellschaftsvertrages und wider den Willen des Gesellschafters nur auf Grund einer vor dem Erwerb des Anteils getroffenen Festsetzung erfolgen (§ 34). Eigne Geschäftsanteile darf die Gesellschaft nur nach Volleinzahlung der Stammeinlagen und immer nur aus einem Vermögensüberschuß über das Stammkapital erwerben (§ 33).

8. Beendigung. Die Auflösung der G. m. b. H. erfolgt durch Ablauf einer im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit, durch einen mangels anderer Bestimmung Dreiviertelsmehrheit fordernden Beschluß, durch Konkurseröffnung und aus satzungsmäßigen Gründen (§ 60); ferner aus einem wichtigen Grunde auf Klage von Gesellschaftern, die zusammen ein Zehntel des Stammkapitals vertreten, durch gerichtliches Urteil (§ 61); endlich, wenn die Gesellschaft durch gesetzwidrige Beschlüsse oder wissentliche Duldung rechtswidriger Handlungen der Geschäftsführer das Gemeinwohl gefährdet, auf Betreiben der Verwaltungsbehörde durch verwaltungsgerichtliches (event. landgerichtliches) Urteil (§ 62). (In Österreich steht der Verwaltungsbehörde ein Aufhebungsrecht aus einer Reihe von Gründen zu.)

Die Wirkungen der Auflösung sind ähnlich wie bei der AG. geregelt. Abgesehen vom Falle des Konkurses (§§ 63—64) ist die Auflösung einzutragen und dreimal unter Aufforderung der Gläubiger öffentlich bekannt zu machen (§ 65). Hierauf findet regelmäßig die Liquidation statt (§§ 66—74). Die Verteilung des Reinvermögens, die auch hier frühestens nach Ablauf des gesperrten Jahres zulässig ist, erfolgt mangels anderer Bestimmung nach Geschäftsanteilen.

9. Nichtigkeit. Für die Erhebung einer Nichtigkeitsklage durch einen Gesellschafter, einen Geschäftsführer oder ein Aufsichtsratsmitglied wegen wesentlicher Grundmängel und für die Wirkungen der Nichtigkeitserklärung gilt im wesentlichen gleiches wie bei der AG.; doch ist die Heilung heilbarer Mängel hier nur durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter möglich (§ 75—77). (In Österreich wird die Nichtigkeitsklage durch einen Antrag der Finanzprokuratur beim Handelsgericht, das die Auflösung beschließt, ersetzt.)

Fünftes Kapitel.

Die eingetragene Genossenschaft.

§ 60. Begriff, Geschichte und Wesen.

1. Begriff. Die e. G. ist ein auf die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft seiner Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes gerichteter Verein von nicht geschlossener Mitgliederzahl, der durch Eintragung in das Genossenschaftsregister eine mit Kaufmannseigenschaft verbundene besondere Rechtsstellung erlangt hat.

Zu ihren Begriffsmerkmalen gehört es also, daß sie im Gegensatz zu den Kapitalvereinen ein grundsätzlich offener Verein ist und notwendig und ausschließlich auf einen wirtschaftlichen Zweck gerichtet sein muß. Dieser Zweck aber muß in der wirtschaftlichen Förderung der Mitglieder mittels eines gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes (nicht z. B. bloß durch Vermittlertätigkeit oder Auskunfterteilung) bestehen. Die e. G. ist ein wirtschaftlicher Gegenseitigkeitsverein, dessen Lebensaufgabe sich in einem nach innen gerichteten Geschäftsverkehr konzentriert. Das Gesetz führt als „namentlich" hierher gehörig verschiedene Arten von Genossenschaften auf: „Kredit- und Vorschußvereine", also Vereine, die auf Grund des vergemeinschafteten Mitgliederkredits die Kreditbedürfnisse der einzelnen Mitglieder durch Kreditgeschäfte mit ihnen befriedigen; „Konsumvereine", die den gewöhnlichen Lebens- oder Wirtschaftsbedürfnissen der Mitglieder durch Anschaffung im großen und Ablaß im kleinen dienen; gewerbliche oder landwirtschaftliche „Rohstoffvereine" für gemeinschaftliche Materialbeschaffung, Werkgenossenschaften für Beschaffung und gemeinschaftliche Benutzung von Betriebsgegenständen (Maschinen, Anlagen usw.) und „Absatzgenossenschaften oder Magazinvereine" für gemeinschaftlichen Verkauf der Erzeugnisse; „Produktivgenossenschaften" für Produktion und Verkauf auf gemeinschaftliche Rechnung; Vereine zur Herstellung von Wohnungen (§ 1). Natürlich müssen alle solche Vereine außer den durch ihren Zweck geforderten Geschäften mit ihren Mitgliedern andere Geschäfte (Hilfsgeschäfte) mit Dritten abschließen. Daß sie nebenbei auch ihren Zweckgeschäftsbetrieb auf Nichtmitglieder ausdehnen, ist nicht ausgeschlossen, muß aber im Statut ausdrücklich zugelassen sein (§ 8 Abs. 1 Z. 5); nur bei Kreditvereinen darf die regelmäßige Darlehnsgewährung und bei Konsumvereinen (mit einer Ausnahme zugunsten landwirtschaftlicher Konsumvereine ohne offenen Laden) der regelmäßige Warenkauf überhaupt nicht an Fremde erfolgen (§ 8 Abs. 2—4).

Im Gegensatz zu den eigentlichen Handelsgesellschaften ist die e. G. nicht auf eine einzige Haftungsart beschränkt. Vielmehr sind dreierlei Haftungsarten möglich, indem die e. G. als Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht (m. u. H.), mit unbeschränkter Nachschußpflicht (m. u. N.) oder mit beschränkter Haftpflicht (m. b. H.) errichtet werden kann. Immer ist die Haftung der Genossen zwar solidarisch, aber höchst subsidiär; bei der ersten und zweiten Form ist sie unbeschränkt, bei der dritten durch eine Haftsumme begrenzt; bei der ersten und dritten Form besteht sie unmittelbar gegenüber den Gläubigern, bei der zweiten nur gegenüber dem Verein (§ 2).

2. Geschichte. Das Recht der e. G. ist von der deutschen Gesetzgebung geschaffen, um den aus der sog. Genossenschaftsbewegung hervorgegangenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften ein geeignetes Rechtsgewand darzubieten. Diese Genossenschaften wurden zuerst besonders von Schulze-Delitzsch (1808—1883) ins Leben gerufen, später in verschiedener Weise ausgebaut und (namentlich durch Raiffeisen) auch ländlichen Verhältnissen angepaßt. Sie sind vor allem auf die soziale Erhaltung und Hebung der mittleren und unteren Volksschichten durch Selbsthilfe im Wege der freien Assoziation berechnet und blühen heute in reicher Fülle in den Städten wie auf dem Lande.

Die gesetzliche Regelung erfolgte auf Grund eines zuerst ergangenen preuß. Ges. von 1867 durch das Nordd. BG. v. 4. Juli 1868, das später zum Reichsgesetz erhoben wurde (in Bayern erst 1873). Dieses Gesetz erkannte aber nur Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung an. Die Zulassung von Genossenschaften mit beschränkter Haftung in Sachsen (durch G. v. 15. Juni 1868) und Bayern (durch G. v. 23. April 1869 über „registrierte Gesellschaften") wurde sogar, wennschon unter Schonung der bestehenden Vereine, wieder beseitigt. Nach langem Streit siegte in diesem Punkte die freiere Meinung. Nunmehr erging das neue RG. v. 1. Mai 1889, das auch sonst reformierend eingriff. Einzelne Änderungen brachte das RG. v. 12. Aug. 1896 und das EG. Art. 10 zum HGB. (neue Fassung vom 20. Mai 1898).

Das Genossenschaftsgesetz übt auf die dazu geeigneten Vereine keinen Zwang zur Eintragung aus. Solche Vereine können daher, wenn sie es vorziehen, unter der Herrschaft des bürgerlichen Rechts verbleiben. Rechtsfähigkeit erlangen sie dann nur durch staatliche Verleihung (BGB. § 22). Doch können sie auch als nicht rechtsfähige Vereine leidlich bestehen (BGB. § 54). Kreditgenossenschaften für den Realkredit sind vielfach als Körperschaften des öffentlichen Rechts eingerichtet.

Die Form der e. G. war an sich auch Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit zugänglich. Das RG. v. 12. Mai 1901 (VAG.) schont eingetragene Genossenschaften dieser Art (§ 102), hat aber ihre Neubildung abgeschnitten (§ 6). Die erforderliche staatliche Erlaubnis zum Betriebe der Mitgliederversicherung darf nur solchen Vereinen erteilt werden, die in der neu geregelten besonderen Form des „Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (§§ 15—53) errichtet sind. Diese Vereine erlangen die Rechtsfähigkeit durch die staatliche Erlaubnis zum Geschäftsbetriebe (§ 15). Sie treten, obschon sie keine Kaufleute sind, unter Kaufmannsrecht (oben § 15 Z. 3) und werden ins Handelsregister eingetragen (§§ 30—33). Doch gilt dies nicht für kleinere Versicherungsvereine (§ 53). Die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit haben mit der e. G. den Charakter der wirtschaftlichen Personalgenossenschaft gemein, ihr Recht ist aber eigentümlich gestaltet (Darstellung im Versicherungsrecht). Neben ihnen wurden als private Verbände für gegenseitige Krankenversicherung die eingeschriebenen Hilfskassen anerkannt, die aber durch das RG. v. 30. Dez. 1911 dem VAG. unterworfen sind. Außerdem jedoch bestehen öffentlich-rechtliche Versicherungsverbände nach Reichsrecht (für Arbeiterversicherung) und Landesrecht (Knappschaften, öffentliche Feuerversicherung usw.).

3. Wesen. Die e. G. ist eine wirtschaftliche Personalgenossenschaft. Sie ist eine Genossenschaft, daher ein rechtsfähiger Verein, aber mit stark ausgeprägten Sonderrechten und Sonderpflichten der Glieder. Sie ist eine Personalgenossenschaft, nicht (wie oft angenommen wird) ein Kapitalverein; gleich allen Gegenseitigkeitsvereinen bezweckt sie die Steigerung persönlicher Kräfte durch Vergemeinschaftung und ist daher grundsätzlich auf die Persönlichkeit gebaut. Sie ist jedoch eine streng wirtschaftliche Personalgenossenschaft und deshalb darauf angelegt, aus sich heraus eine Vermögensgemeinschaft zu entwickeln, die sich in Kapitalguthaben der Mitglieder ausdrückt; nur ist im Gegensatz zu den Kapitalvereinen die Vermögensbeteiligung nicht Grundlage, sondern Ausfluß der Mitgliedschaft.

Literatur: Gierke, Genossenschaftsr. I 1030 ff. Rosenthal, Die Kredit-, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 1871. v. Sicherer, Die Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland, 1872. Wolff b. Endemann I §§ 143—162. Schultze-Delitzsch, Streitfragen im deutschen Genossenschaftsrecht, 1880. Goldschmidt, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 1882. Reinartz, Die e. G. als Korporation, 1882. — Kommentare zum Genoss.-Ges. v. 1884 von Parisius u. Crüger, 6. Aufl. 1908; Pröbst 1889; Maurer 1890, 2. Aufl. v. Birkenbihl, 1898; Joël, 1890; O. Richter, 3. Aufl. 1901; Bonschad 1899. Goldschmidt, Die Haftpflicht der Genossen und das Umlageverfahren, 1888; Z. f. HR. XXXVII 23 ff. Cosack §§ 220—227. K. Lehmann § 105—112. Gareis § 38. E. Loening, Entwicklung des Genossenschaftswesens in Deutschl., 1911. H. Crüger, Die Rechtsprechung zum deutsch. Genossenschaftsges., Z. f. HR. LXXII 1 ff. — Parisius-Crüger, Formularbuch usw., 3. Aufl. 1900. Blätter für Genossenschaftswesen. — Über Versicherungsvereine a. G. Sievers, Z. f. HR. XLVIII 251 ff. LI 329 ff. Wörner, Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, 1904. Gareis § 39 a.

Ausländ. Ges.: dem deutschen Recht verwandt Österr. G. v. 9. April 1873, vgl. Stroß, Das Österr. Genossenschaftsr., 1887; Schweiz. OR. Art. 678—715; Ungar. HGB. §§ 223—257. — In England Spezialgesetze für die einzelnen Gattungen; vgl. E. Loening, Das englische Genossenschaftsrecht, Jahrb. f. Nat.-Ök. u. Stat. XCVII 33 ff. — In Frankreich seit Ges. v. 24. Juli 1867 die Rechtsform eines modifizierten Kapitalvereins als société à capital variable. — Vgl. H. Crüger im Handwörterb. der Staatswiss. [3] III 1108 ff.

§ 61. Errichtung. Ein als Erwerbs- oder Wirtschaftsgenossenschaft eingerichteter Verein, der die Rechte einer e. G. erwerben will, muß eine vom Gegenstande des Unternehmens entlehnte Firma, die einen die Haftungsart kennzeichnenden Zusatz enthalten muß, dagegen einen Personennamen nicht enthalten darf, führen (§ 3), aus mindestens sieben Genossen bestehen (§ 4), ein schriftliches Statut besitzen (§ 5) und einen Vorstand und einen Aufsichtsrat, deren Mitglieder Genossen sind, haben (§ 9). Das Statut muß die wesentlichen Bestimmungen treffen (§§ 6—7) und gewisse besondere Bestimmungen, falls sie getroffen sind, aufnehmen (§ 8). Auf Grund gehöriger Anmeldung durch den Vorstand (unter Einreichung des von den Genossen unterzeichneten Statuts, einer Genossenliste und der Urkunden über die Organbestellung) erfolgt die Eintragung des Statuts und der Vorstandsmitglieder in das Genossenschaftsregister, das beim Gericht in ähnlicher Weise wie das Handelsregister geführt wird, und die Veröffentlichung eines Auszuges (§§ 10—12, über Zweigniederlassungen § 14, über die Registerführung Bekanntmachung des Bundesrats v. 1. Juli 1899). Mit der Eintragung in das Genossenschafts-

register ihres Sitzes erlangt die Genossenschaft die Rechte einer e. G.; vorher hat sie diese Rechte nicht (§ 13), kann jedoch bereits zu Recht bestehen und erfährt dann nur eine Veränderung (ROHG. XXII 103 ff.).

§ 62. Mitgliedschaft. Mitglieder sind die „Genossen" (im Ges. v. 1868 „Genossenschafter"); Genossen können Einzelpersonen und Verbandspersonen sein; eine e. G. kann sogar ausschließlich aus e. G.en bestehen.

1. Erwerb. Die Mitgliedschaft wird durch Teilnahme an der Errichtung oder späteren Eintritt erworben. Der Eintritt fordert schriftliche unbedingte Beitrittserklärung, Zulassung durch den Verein, Einreichung bei Gericht und Eintragung in die dort aufbewahrte Genossenliste; erst mit der Eintragung entsteht die Mitgliedschaft (§ 15), mit ihr aber unabhängig von den vorangegangenen Vertragsabreden (RGer. XLV Nr. 24, LVII Nr. 67, LXVIII Nr. 81). Das Statut kann die Zulassung von beliebigen Erfordernissen (z. B. Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gattung von Gewerbtreibenden oder auch Zahlung eines Beitrittsgeldes (RGer. LXII Nr. 73), abhängig machen und beliebigen Organen übertragen. Sollen Erwerb und Fortdauer der Mitgliedschaft an den Wohnsitz in einem bestimmten Bezirk geknüpft sein, so muß dies im Statut ausdrücklich festgesetzt werden (§ 8 Abs. 1 Z. 1). Ein Recht auf Zulassung hat auch der nicht, der die satzungsmäßigen Erfordernisse erfüllt (vgl. indes RGer. XLVII Nr. 18).

2. Inhalt. Die Mitgliedschaft gewährt als personenrechtliches Verhältnis Anteil am Vereinsleben, äußert sich aber notwendig zugleich in einer vermögensrechtlichen Beteiligung durch Haftung einerseits (§ 23) und durch einen Geschäftsanteil anderseits (§ 7 Z. 2). „Geschäftsanteil" heißt der satzungsmäßige Höchstbetrag, bis zu dem der Genosse sich durch Einlagen beteiligen kann. Aus der wirklichen Beteiligung entsteht das durch Zuschreibungen wachsende und durch Abschreibungen schwindende „Geschäftsguthaben", das jeder Genosse bilden muß. Das Geschäftsguthaben ist ein mit der Mitgliedschaft verwobenes und genossenschaftlich gebundenes Forderungsrecht auf einen bestimmten Geldbetrag, das eine sonderrechtliche Anwartschaft auf Auszahlung aus dem Reinvermögen im Falle des Ausscheidens oder der Auflösung gibt und im Zweifel überdies den Gewinnanteil bestimmt.

3. Umfang. Die Mitgliedschaften sind in personenrechtlicher Hinsicht einander gleich, können aber in vermögensrechtlicher Hinsicht vermöge ungleicher Höhe der Geschäftsguthaben eine ungleiche Beteiligung gewähren. Mehrfache Mitgliedschaft ist ausgeschlossen. Während aber bei der e. G. m. b. H. und m. u. N. auch der Erwerb mehrerer Geschäftsanteile durch einen Genossen unzulässig ist (§§ 119, 126), kann bei der e. G. m. b. H., bei der der Geschäftsanteil zugleich das Mindestmaß der Haftsumme bestimmt, das Statut die Beteiligung mit mehreren Geschäftsanteilen bis zu einer Höchstzahl gestatten; doch ist der Erwerb neuer Geschäftsanteile erst nach Vollerreichung der alten zulässig und kommt nur in den Formen des Eintritts durch Eintragung in die Genossenliste zustande (§§ 134—137).

4. Übertragung. Die Mitgliedschaft ist unübertragbar. Doch kann mangels anderer Bestimmung durch schriftliche Übereinkunft das Geschäftsguthaben von einem Genossen, der damit austritt, auf einen anderen Genossen, sofern dadurch nicht dessen Geschäftsanteil oder bei einer e. G. m. b. H. die Höchstzahl der Geschäftsanteile überschritten wird, oder auf einen neu eintretenden Genossen übertragen werden; der Wechsel kommt durch Eintragung in die Genossenliste zustande (§§ 76, 138). Durch den Tod erlischt die Mitgliedschaft, wird jedoch von den Erben (von mehreren zu gesamter Hand) bis zum Schlusse des Geschäftsjahres fortgesetzt (§ 77).

5. Beendigung. Der Genosse hat das Recht, seinen Austritt durch schriftliche Kündigung zum Schlusse des Geschäftsjahres drei Monate vorher zu erklären; das Statut kann die Kündigungsfrist bis zu zwei Jahren verlängern, im übrigen den Austritt nicht (auch nicht z. B. durch ein Austrittsgeld, RGer. XXXIII Nr. 16) erschweren (§ 65). An Stelle des Genossen kann dessen Gläubiger das Kündigungsrecht ausüben, wenn er in den letzten sechs Monaten nach fruchtloser Vollstreckung in das Vermögen des Genossen die Pfändung und Überweisung seines Guthabens erwirkt hat (§ 66). Die Genossenschaft kann den Genossen aus satzungsmäßigen Gründen und auch ohne besondere statutarische Ermächtigung wegen Verlustes der

bürgerlichen Ehrenrechte und wegen Mitgliedschaft in einer gleichartigen Genossenschaft an demselben Ort (bei Vorschuß- und Kreditvereinen auch an einem anderen Ort) zum Schluß des Geschäftsjahres ausschließen; die Ausschließung wirkt in personenrechtlicher Hinsicht sofort mit der Absendung der schriftlichen Mitteilung (§ 68). Ist die Mitgliedschaft an den Wohnsitz geknüpft, so kann im Falle der Aufgabe des Wohnsitzes sowohl der Genosse den Austritt wie die Genossenschaft das Ausscheiden zum Schluß des Geschäftsjahres schriftlich erklären (§ 67). In allen diesen Fällen ist das Ausscheiden rechtzeitig und gehörig bei Gericht anzumelden und tritt infolge der Eintragung in die Genossenliste mit dem Jahresschlusse (bei späterer Eintragung erst mit dem Schluß des jetzigen Geschäftsjahres) ein; der Genosse oder sein Gläubiger können zur Sicherung ihres Anspruchs eine Vormerkung eintragen lassen (§ 69—72). Der Tod des Genossen ist gleichfalls einzutragen; die Beendigung der Mitgliedschaft mit dem Ablauf des Geschäftsjahres tritt aber unabhängig davon ein (§ 77).

Literatur: Deuer, Erwerb u. Verlust der Mitgliedschaft in einer e. G., Z. f. HR. LXVIII 47 ff.

§ 63. Organisation. Die e. G. hat gleich der AG. notwendig eine Generalversammlung, einen Vorstand und einen Aufsichtsrat. Dazu tritt hier ein regelmäßiges Revisionsorgan. Andere Organe kann das Statut vorsehen. Auch kann die e. G. sich Vertreter bestellen. Allein die Bestellung eines Prokuristen oder eines Generalhandlungsbevollmächtigten ist ausgeschlossen (§ 42).

1. Generalversammlung. Oberstes Organ der e. G. ist die gehörig berufene Versammlung der Genossen; in ihr hat dem Wesen der Personalgenossenschaft entsprechend jeder Genosse eine Stimme; das Stimmrecht ruht bei Interessenkollision; die Ausübung durch einen Bevollmächtigten, der immer nur Einen Genossen vertreten kann, ist nur handlungsunfähigen Personen, Gemeinschaften und Verbänden und (falls sie von der Teilnahme ausgeschlossen sind) Frauen gestattet (§ 43; Strafe für Stimmenverkauf in § 151). Für die Berufung der GV. gelten ähnliche Regeln wie bei der AG.; das Minderheitsrecht auf Berufung steht hier einem Zehntel der Genossen oder einem in der Satzung bestimmten noch kleineren Teil zu (§§ 44—46). Die Beschlußfassung erfolgt mit Mehrheit der abgegebenen Stimmen, soweit im Statut nichts anderes angeordnet ist (§ 8 Abs. 1 Z. 4); alle Beschlüsse sind in ein Protokollbuch einzutragen, dessen Einsicht jedem Genossen und der Staatsbehörde zu gestatten ist (§ 47). Die Zuständigkeit der GV. umfaßt die Beschlußfassung über die Geschäftsführung, die Vornahme von Wahlen, die Genehmigung der Bilanz und die Festsetzung von Gewinn und Verlust, die Festsetzung einer Grenze für Anleihen und Spareinlagen und für Kreditgewährungen an Genossen und die Festsetzung von Zeit und Betrag der nicht schon satzungsmäßig fixierten Einzahlungen auf die Geschäftsanteile (§§ 48—50). Die Anfechtung von Versammlungsbeschlüssen ist ähnlich wie bei der AG. geregelt (§§ 51—52).

2. Vorstand. Der Vorstand ist hier wie bei der AG. das notwendige Vertretungs- und Regierungsorgan. Er muß aus mindestens zwei Mitgliedern bestehen und kann nur kollektiv eingerichtet sein, so daß mindestens zwei Mitglieder zusammenwirken müssen; die Mitglieder müssen Genossen (oder doch Genossen einer e. G., die Mitglied ist) sein; sie werden mangels anderer Bestimmung von der GV. gewählt; Besoldung ist zulässig; die Bestellung ist stets widerruflich (§§ 24—25, § 9). Hinsichtlich der Anmeldung und Eintragung gilt Handelsregisterrecht (§§ 28—29). Die Vertretungsmacht des Vorstandes ist unbeschränkt und unbeschränkbar, wie bei der AG. (§§ 26—27). Der Vorstand hat die Geschäfte zu führen und das Vereinsleben zu leiten, bei Konsumvereinen besondere Maßregeln zur Verhütung des Warenverkaufes an Fremde zu treffen, für Buchführung, Bilanzaufstellung, Mitgliederliste und gehörige Veröffentlichung der Bilanz und des Mitgliederbestandes zu sorgen (§§ 30—33). Die privatrechtliche Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder ist ähnlich wie bei der AG. geregelt (§§ 34—35). Dazu treten auch hier Strafdrohungen (§§ 146—150) und Verwaltungszwang (§ 160).

3. Aufsichtsrat. Für den Aufsichtsrat gelten gleiche Regeln wie bei der AG.; nur müssen die Mitglieder des Aufsichtsrats Genossen sein und dürfen keine Tantieme beziehen; auch erstreckt sich die Zuständigkeit des Aufsichtsrats kraft Gesetzes auf die vorläufige Amtsenthebung von Vorstandsmitgliedern, sowie auf die Zustimmung zu jeder Kreditgewährung

an ein Vorstandsmitglied oder zur Annahme eines solchen als Bürgen (§§ 36—41; Strafbestimmungen in §§ 146—150).

4. Revisor. Mindestens alle zwei Jahre hat ein sachverständiger Revisor die Einrichtungen und die Geschäftsführung der e. G. zu prüfen; der Revisionsbericht ist der GV. vorzulegen, eine Bescheinigung über die Revision dem Gericht einzureichen. Der Revisor, der nicht Genosse sein darf und Anspruch auf Ersatz und Vergütung hat, wird regelmäßig durch einen Verband von Genossenschaften bestellt, dem, wenn er den gesetzlichen Anforderungen entspricht, die Staatsbehörde oder (bei Erstreckung über mehrere Staaten) der Bundesrat das Recht auf Bestellung zu erteilen hat, in bestimmten Fällen aber wieder entziehen kann. Gehört die e. G. keinem Revisionsverbande an, so bestellt das Gericht den Revisor auf Antrag des Vorstandes nach Anhörung der Verwaltungsbehörde. (Vgl. §§ 53—64.)

§ 64. Innere Rechtsverhältnisse. Die Rechte und Pflichten der Genossen gegenüber der Genossenschaft richten sich zunächst nach dem Statut, das aber von den grundlegenden gesetzlichen Vorschriften nur insoweit, als dies ausdrücklich zugelassen ist, abweichen darf (§ 18).

1. Bei bestehender Mitgliedschaft sind gliedmäßige und individuelle Rechte und Pflichten miteinander verwoben.

a) Hinsichtlich der Teilnahme am Vereinsleben gewährleistet das Gesetz jedem Genossen das Stimmrecht und die Kontrollrechte (§§ 47, 48 Abs. 2). Im übrigen entscheidet das Statut. Lediglich nach diesem richtet sich namentlich das mitgliedschaftliche Sonderrecht auf Wirtschaftsförderung durch den satzungsmäßigen Geschäftsverkehr mit der Genossenschaft (z. B. durch Darlehnsaufnahme oder Spareinlage, Kauf oder Verkauf von Waren, Sach- oder Wohnungsmiete, Dienstvertrag).

b) Die Vermögensbeteiligung der Genossen muß durch Guthabenbildung innerhalb der durch den Geschäftsanteil gezogenen Grenze erfolgen.

Der Genosse ist zu Einzahlungen auf den Geschäftsanteil bis zu dessen Erreichung berechtigt und insoweit, als das Statut es vorschreibt, verpflichtet; das Statut muß die Einzahlung von mindestens einem Zehntel des Gesamtbetrages nach Betrag und Zeit bestimmen (§ 7 Z. 2), während die Realisierung einer weitergehenden Einzahlungspflicht dem Versammlungsbeschluß überlassen sein kann (§ 50).

Der Genosse hat ferner einen Anteil an Gewinn und Verlust. Doch kann nicht nur ein Teil des Gewinnes dem Reservefonds, dessen Bildung im Statut vorgesehen sein muß (§ 7 Z. 4), zugewiesen, sondern sogar die Gewinnverteilung überhaupt zugunsten des Reservefonds ausgeschlossen werden (§ 20). Die Verteilung erfolgt jährlich nach Verhältnis der Geschäftsguthaben (im ersten Jahr der Einzahlungen), soweit nicht das Statut einen anderen Maßstab (z. B. Verteilung nach Köpfen oder bei Konsumvereinen Gewinnverteilung nach der Menge der entnommenen Waren) vorschreibt; der Gewinn wird bis zur Erreichung des Geschäftsanteils dem Guthaben zugeschrieben, der Verlust abgeschrieben; frühere Gewinnauszahlung kann im Statut bestimmt sein, darf aber niemals bis zur Wiederergänzung eines durch Verlust verminderten Guthabens stattfinden (§ 19). Feste Zinsen dürfen für das Guthaben selbst auf solche Einzahlungen, die den geschuldeten Betrag übersteigen, nicht vergütet werden (§ 21 Abs. 1). Ebensowenig begründet die Minderung des Guthabens durch Verlust einen Regreßanspruch wegen freiwilliger höherer Einzahlungen (§ 21 Abs. 2). Der nach Erschöpfung aller Guthaben zu deckende Verlust aber trifft mangels anderer Bestimmung die Genossen nach Köpfen (§ 73).

Das Guthaben ist gebunden; es darf bei bestehender Mitgliedschaft nicht ausgezahlt oder im geschäftlichen Betriebe zum Pfande genommen, eine geschuldete Einzahlung darf nicht erlassen werden; auch kann der Genosse gegen die letztere nicht aufrechnen (§ 22 Abs. 2—3).

2. Mit Beendigung der Mitgliedschaft erlöschen die gliedmäßigen Rechte und Pflichten, während die mit der Mitgliedschaft verknüpfte Vermögensbeteiligung in ein freies Schuldverhältnis übergeht. Die Auseinandersetzung erfolgt auf Grund der Bilanz nach der Vermögenslage und dem Mitgliederstande im Zeitpunkte des Ausscheidens (der stets mit dem Schluß eines Geschäftsjahres zusammenfällt); der ausgeschiedene Genosse oder sein Erbe hat nun einen (zweijähriger Verjährung unterworfenen) Anspruch auf Auszahlung seines Gut-

habens binnen sechs Monaten, während er im Falle einer Überschuldung der G. seinen Anteil am Fehlbetrage an die G. zu zahlen hat; an den Reservefonds und das sonstige Genossenschaftsvermögen hat er keinen Anspruch, zur Schuldendeckung aber braucht er nur beizutragen, soweit das Gesamtvermögen der G. nicht ausreicht (§§ 73—74). Wenn die G. binnen sechs Monaten nach Ausscheiden des Genossen aufgelöst wird, gilt dieses als nicht erfolgt (§ 75). Im Falle des Austritts durch Guthabenübertragung unterbleibt die Auseinandersetzung; erfolgt hier die Auflösung binnen sechs Monaten, so tritt nur im Konkursfall eine subsidiäre Haftung für Nachschüsse, die vom Erwerber nicht zu erlangen sind, ein (§ 76).

§ 65. Äußere Rechtsverhältnisse.

1. Die Genossenschaft ist juristische Person (§ 17) und haftet als solche für ihre Verbindlichkeiten mit ihrem ganzen Vermögen. Die Ansprüche der Genossen wegen ihrer Guthaben stehen den Ansprüchen der Gläubiger unbedingt nach; dieser Vorrang ist durch die Gebundenheit der Guthaben gesichert.

2. Die Genossen als einzelne stehen als Garanten hinter der Genossenschaft, indem sie für deren Verbindlichkeiten zugleich individuell haften. Diese Haftung, die unabänderlich jeden Genossen als solchen auch für die vor seinem Eintritt entstandenen Verbindlichkeiten ergreift (§ 23), ist eine nach Körperschaftsrecht aus der Mitgliedschaft fließende Sonderpflicht (RGer. XIX Nr. 36, XXIV Nr. 27). Sie ist äußerst subsidiär, indem sie nach Art einer Schadlosbürgschaft überhaupt nur für den Ausfall im Konkurse besteht und daher erst nach Auflösung der G. und Feststellung des Ausfalls im Genossenschaftskonkurse wirksam wird. Sie geht an sich auf das Ganze, wird aber durch das im Konkurse eingeschobene Verteilungsverfahren zu einer Teilhaftung mit dahinterstehender Solidarhaftung ermäßigt (vgl. unten § 66 a. E.). Im übrigen ist sie nach der Art der e. G. verschieden.

a) Bei unbeschränkter Haftpflicht ist sie Haftung mit dem ganzen Vermögen und begründet nicht nur eine Nachschußpflicht gegenüber der G., sondern auch eine unmittelbare Haftung gegenüber den Konkursgläubigern für den Ausfall, den sie bei der Schlußverteilung erleiden; jeder Gläubiger kann nach Ablauf von drei Monaten seit Vollstreckbarerklärung der Nachschußberechnung sich insoweit, als er nicht befriedigt ist, an jeden einzelnen Genossen halten (§ 122). Der Genosse ist gegen diesen „Einzelangriff" durch eine zweijährige Verjährung, die aber durch Rechtshandlungen der G. oder gegen die G. unterbrochen wird, geschützt (§ 123). Auch tritt er, soweit er einen Gläubiger befriedigt, in dessen Rechte gegen die G. ein (§ 124). Dem Einzelangriff unterliegen, jedoch erst nach Ablauf von sechs Monaten nach der Vollstreckbarerklärung, auch die in den letzten zwei Jahren vor der Konkurseröffnung ausgeschiedenen Genossen hinsichtlich der bis zum Zeitpunkt ihres Ausscheidens entstandenen Verbindlichkeiten (§ 125).

b) Als unbeschränkte Nachschußpflicht ist die Haftung gleichfalls Haftung mit dem ganzen Vermögen, besteht aber nur gegenüber der G., während die Gläubiger sich nur an die G. halten und von ihr die Einziehung und Ablieferung der nach der Nachschußberechnung zu leistenden Nachschüsse fordern können. Soweit drei Monate nach Vollstreckbarerklärung der Nachschußberechnung die Gläubiger nicht befriedigt oder sichergestellt sind, haben auch die in den letzten achtzehn Monaten vor der Konkurseröffnung ausgeschiedenen Genossen Beiträge zu leisten, die ihnen jedoch aus den etwa noch eingehenden Nachschüssen der verbliebenen Genossen zu erstatten sind (§§ 128—130).

c) Als beschränkte Haftpflicht ist die Haftung genau in gleicher Weise wie bei der e. G. m. u. H. sowohl gegenüber der Genossenschaft wie gegenüber den Gläubigern begründet, in beiden Richtungen aber durch die Haftsumme begrenzt (§ 141). Die Haftsumme wird durch das Statut bestimmt, darf aber nicht niedriger als der Geschäftsanteil sein (§ 131) und vervielfältigt sich mit Vervielfältigung der Geschäftsanteile (§ 135).

3. Von den Organen der e. G. haften Liquidatoren und Aufsichtsratsmitglieder im Falle verfrühter Vermögensverteilung, bei e. G. m. b. H. sie und Vorstandsmitglieder auch im Falle ungehöriger Auszahlungen von Gewinn oder Guthaben hinter der G. unmittelbar in Höhe ihrer Ersatzpflicht den Gläubigern und werden hiervon durch Beschluß der Generalversammlung, der sie der G. gegenüber deckt, nicht entbunden (§§ 90, 142).

§ 66. Veränderung und Auflösung.

1. Veränderung. Jede Statutenänderung erfordert Generalversammlungsbeschluß und Eintragung; der Beschluß muß mit einer Mehrheit von drei Vierteln der erschienenen Genossen gefaßt sein, kann aber durch das Statut nicht nur erschwert, sondern auch erleichtert werden (§ 16). Die statutarische Erleichterung ist unzulässig bei Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens, Erhöhung der Geschäftsanteile oder der Haftsummen und Umwandlung in eine Genossenschaft mit strengerer Haftungsart (§§ 16, 132, 144). Werden die Geschäftsanteile oder die auf sie zu leistenden Einzahlungen herabgesetzt oder die Einzahlungsfristen verlängert oder die Haftsummen herabgesetzt, oder wird die G. in eine solche mit schwächerer Haftungsart umgewandelt, so müssen die für die Vermögensverteilung im Falle der Auflösung geltenden Vorschriften beobachtet werden (§§ 22, 133, 143). Die Umwandlung der Haftungsart wirkt auch gegenüber ausgeschiedenen Genossen, doch bleiben bei einer G. m. u. N. die vor länger als achtzehn Monaten Ausgeschiedenen von jeder Haftung und bei einer G. m. b. H. alle Ausgeschiedenen von der Haftung über die bisherige Haftsumme hinaus befreit (§ 145).

2. Auflösung. Die e. G. wird aufgelöst durch Versammlungsbeschluß mit mindestens Dreiviertelsmehrheit (§ 78), Ablauf einer statutarisch gesetzten Zeit (§ 79), gerichtlichen Beschluß wegen Minderung der Genossenzahl unter sieben (auf Antrag des Vorstandes, nach sechs Monaten von Amts wegen, § 80), Ausspruch des Verwaltungsgerichts (oder der es ersetzenden Verwaltungsbehörde) wegen Gefährdung des Gemeinwohls durch gesetzwidrige Handlungen oder Unterlassungen oder wegen Verfolgung anderer als der gesetzlich vorgesehenen geschäftlichen Zwecke (§ 81). Hinsichtlich der Eintragung, der Bekanntmachung und Aufforderung der Gläubiger, der Bestellung der Liquidatoren (mindestens zwei und stets kollektiv berufen, Publizität nach Registerrecht), des Fortbestandes der korporativen Organisation, der Ausführung der Liquidation und des Zeitpunktes der Zulässigkeit der Vermögensverteilung (Sperrjahr) gelten ähnliche Vorschriften wie bei der AG. (§§ 82—93). Die Verteilung des Reinvermögens erfolgt in der Weise, daß zunächst die Guthaben voll oder nach Verhältnis befriedigt, Überschüsse aber nach Köpfen verteilt werden; doch kann das Statut die Verteilung anders bestimmen oder ganz ausschließen (§ 91).

3. Nichtigkeit. Eine Nichtigkeitsklage kann von jedem Genossen und jedem Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied angestellt werden, wenn in dem Statut eine wesentliche Bestimmung fehlt oder nichtig ist. Doch sind alle Mängel in Form der Satzungsänderung heilbar; nur darf dadurch bei einer e. G. m. b. H. der Gesamtbetrag der Genossenhaftung nicht vermindert werden. Verfahren und Wirkungen des Urteils wie bei der Anfechtungsklage. Die Folgen der Nichtigkeitserklärung sind wie bei der AG. geregelt (Abwicklung wie bei der Auflösung, Aufrechthaltung der mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte, Wirksamkeit der übernommenen Haftung zugunsten der Gläubiger). (Vgl. §§ 94—97.)

4. Konkurs. Ein Sonderrecht gilt für den Genossenschaftskonkurs. Der Konkurs findet im Falle der Zahlungsunfähigkeit, nach Auflösung der G. auch im Falle der Überschuldung statt (§ 98); bei der e. G. m. b. H. auch vor der Auflösung wegen einer ein Viertel des Betrages aller Haftsummen übersteigenden Überschuldung (§ 140), während bei den beiden anderen Haftungsformen im Falle der Überschuldung nur der Vorstand sofort einer Generalversammlung die Auflösungsfrage vorlegen soll (§§ 115, 120). Antragspflicht und Antragsrecht sind besonders geregelt (§§ 98—99). Mit der Eröffnung des Konkurses wird die e. G. spätestens aufgelöst (§ 101). Sie behält aber während des Konkurses ihre korporative Organisation (§ 104). Die Besonderheiten des Verfahrens beruhen, von dem Wegfalle des Zwangsvergleiches abgesehen (§ 116), auf der Einschiebung eines Zwangsumlageverfahrens (§§ 105—115), bei dessen Durchführung der Vorstand oder die Liquidatoren den Konkursverwalter zu unterstützen haben (§§ 117—118). Dieses Verfahren bezweckt die Verteilung der zur Deckung des Ausfalles erforderlichen Nachschüsse auf die einzelnen Genossen nach Verhältnis ihres Verlustanteils (regelmäßig also nach Köpfen), zugleich aber die Realisierung der Solidarhaftung durch Überwälzung der auf unvermögende Genossen fallenden Beiträge auf die übrigen Genossen unter Vorbehalt der Ausgleichungsansprüche. Zu diesem Behufe wird nach der ersten Bilanz eine „Vorschußberechnung", bei erforderlich werdenden Ergänzungen oder Berichtigungen eine „Zusatz-

berechnung" und bei der Schlußverteilung die „Nachschußberechnung" aufgestellt. Jede dieser Berechnungen wird in einem gerichtlichen Verfahren unter Zuziehung aller Beteiligten geprüft und in der gerichtlich festgestellten Gestalt für vollstreckbar erklärt. Doch kann jeder Genosse sie noch binnen einer Notfrist von einem Monate im Wege der Klage anfechten, wenn er einen Anfechtungsgrund vergeblich geltendgemacht hatte oder ohne Verschulden nicht geltendmachen konnte; das hierauf ergangene rechtskräftige Urteil wirkt für und wider alle Genossen. Die Einziehung oder Beitreibung der Nachschüsse erfolgt zunächst zur Hinterlegung, nach Vollstreckbarerklärung der endgültigen Nachschußberechnung zur Verteilung unter die Gläubiger. In welcher Weise bei einer e. G. m. b. H. die Inanspruchnahme der einzelnen Genossen beschränkt ist, und welche Rechtsbehelfe je nach der Haftungsart den Gläubigern zu Gebote stehen, falls sie drei Monate nach Vollstreckbarerklärung der Nachschußberechnung nicht befriedigt sind, ist schon oben (§ 65 Z. 2) gezeigt.

Viertes Buch.

Handelssachenrecht.

§ 67. Umfang des Handelssachenrechts. Das Handelsrecht hat besondere sachenrechtliche Regeln nur für *Waren* ausgebildet. Waren sind nur körperliche bewegliche Sachen als Gegenstände des Handels.

Gegenstände des Handels sind auch andere Vermögensobjekte; sie sind aber niemals Waren und fallen nicht unter das Handelssachenrecht. Nach heutigem Recht können *Grundstücke* Gegenstand des Handels sein; zu Waren werden sie dadurch nicht; für sie bleibt daher lediglich das bürgerliche Sachenrecht maßgebend. Als Gegenstände des Handels erscheinen ferner vielfach *Rechte* (Forderungen, dingliche Rechte, Urheberrechte usw.); auch sie gehören, falls sie nicht in einem Wertpapier verkörpert sind, niemals zu den Waren; insoweit sie als unkörperliche Sachen vom Sachenrecht ergriffen werden, gilt das bürgerliche Sachenrecht. Gegenstand des Handels kann weiter die *Arbeit* sein; als Ausfluß der freien Persönlichkeit aber ist sie niemals Ware und überhaupt kein Sachgut; sie wird auch im Handel lediglich von Sätzen des Personenrechts und des Obligationenrechts beherrscht. Gegenstand des Handels ist endlich der *Kredit*; sowohl die Kreditzusage wie die Kreditgewährung bilden den Inhalt von Handelsgeschäften, bei denen die Kreditanwartschaft und der Kreditempfang als vermögenswerte Gegenstände mit einem Handelspreis behandelt werden; allein auch der Kredit ist keine Ware und als solcher überhaupt kein Sachgut; insoweit ihn neben dem Obligationenrecht das Sachenrecht vermittelt, entscheidet darüber, ob das Handelssachenrecht eingreift oder nicht, die Beschaffenheit der Sache.

Die *Waren* als Gegenstände des Handels zerfallen in *Waren* i. e. S., d. h. bewegliche Sachen, deren Wert nur durch den Sachkörper bestimmt wird, *Geld*, d. h. bewegliche Sachen, denen durch Rechtssatz ein besonderer Wert als Wertmesser und Wertvertreter beigelegt ist, und *Wertpapiere*, deren Wert in dem verbrieften Rechte steckt.

Das für Waren geltende besondere Handelssachenrecht ist von *geringem Umfange*. Allerdings verleiht der Handel vielfach dem Sachenrecht eine eigentümliche Prägung. Allein größtenteils verwendet er hierbei nur die Sätze des bürgerlichen Rechts, so daß lediglich tatsächliche Unterschiede herausspringen, die eine Absonderung vom gemeinen Fahrnisrecht nicht rechtfertigen. Dies gilt z. B. von der durch den Handel bewirkten Ausdehnung und Steigerung der Vertretbarkeit und der Verbrauchbarkeit von Sachen; von der Bevorzugung des Tauschwerts vor dem Gebrauchswert (Geldwirtschaft); von der Neigung, den Sachwert als einen vom Sachkörper nur vertretenen selbständigen Gegenstand des Verkehrs zu behandeln (Wertwirtschaft). Ebenso ist das Geld ein gemeinrechtliches, kein handelsrechtliches Institut, wenn auch der Geldhandel die Funktionen des Geldes erweitert und es zur Ware mit einem Handelspreis (Kurs) stempelt. Unter den Wertpapieren gibt es solche, die ausschließlich dem Handelsrecht

angehören; allein das Rechtsinstitut der Wertpapiere überhaupt hat seine Heimat im bürgerlichen Recht und wird dadurch, daß der Effektenhandel die Wertpapiere zu Waren mit einem Handelspreis (Kurs) prägt, keineswegs dem Handelsrecht einverleibt.

Literatur: Umfassendes System des Mobiliarsachenrechts b. Goldschmidt I 2 §§ 60—99 (2. Aufl. II §§ 60—64 b). — Über die Objekte des Handelsverkehrs überhaupt in Endemanns Handb. II 1 ff. Endemann (Sachen oder Waren), Koch (Geld und Geldwertzeichen S. 113 ff.), Brunner (Wertpapiere S. 140 ff.), Klostermann (Urheberrecht S. 236 ff., Patentrecht S. 307 ff.), G. Cohn (Kredit S. 354 ff.) u. Endemann (Arbeit S. 373 ff.). — K. Lehmann § 117 ff.

§ 68. Der Schutz des redlichen Erwerbes. Das alte HGB. stellte gegenüber dem gemeinen Recht den deutschrechtlichen Satz „Hand wahre Hand" wieder her. Es bestimmte, daß an einer von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes veräußerten und übergebenen Sache, falls sie nicht gestohlen oder verloren ist, der redliche Erwerber das Eigentum erwarb, während das bisherige Eigentum und die sonst an der Sache begründeten Rechte erlöschen, und daß unter entsprechenden Voraussetzungen der redliche Pfandnehmer das Pfandrecht erlangt (Art. 306); daß bei Inhaberpapieren der Rechtserwerb auch eintritt, wenn der Veräußerer oder Verpfänder nicht Kaufmann und das Papier gestohlen oder verloren ist (Art. 307); daß dem Erwerber noch günstigeres Landesrecht (z. B. das preuß. Einlösungsrecht bei gestohlenen und verlorenen Sachen) fortgilt (Art. 308). Das BGB. hat die Sätze des HGB. in genauerer Fassung (insbesondere unter ausdrücklicher Feststellung, daß die Übergabe durch constitutum possessorium nicht ersetzt wird und daß den gestohlenen und verlorenen Sachen alle sonst abhanden gekommenen gleichstehen, und unter Regelung des für die Frage der Redlichkeit maßgebenden Zeitpunktes und der Beweislast) verallgemeinert, die für Inhaberpapiere geltende Ausnahme auf Geld und alle in öffentlicher Versteigerung erworbenen Sachen ausgedehnt, dagegen abweichendes Landesrecht (bis auf den Vorbehalt für öffentliche Pfandleihanstalten in EG. Art. 94 Abs. 2) beseitigt (§§ 932—936, 1207—1208). Das neue HGB. enthält demgegenüber nur noch zwei handelsrechtliche Sondervorschriften.

Einerseits ist, wenn die Veräußerung oder Verpfändung von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vorgenommen ist oder der Erwerb eines gesetzlichen Pfandrechtes nach Handelsrecht in Frage steht, der Erwerb vom Nichtberechtigten erleichtert. Denn während nach BGB. der gute Glaube ausgeschlossen ist, sobald der Erwerber den Mangel im Recht des Vorgängers kennt oder kennen muß, genügt hier auch der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis über fremdes Recht (§ 366).

Anderseits ist, wenn ein Bankier oder Geldwechsler ein abhandengekommenes Inhaberpapier erwirbt oder zu Pfand nimmt, der Erwerb vom Nichtberechtigten erschwert. Denn hier wird der gute Glaube durch gehörige Veröffentlichung des Verlustes ausgeschlossen, falls nicht mehr als ein Jahr seit Ablauf des Publikationsjahres verstrichen ist oder besondere Umstände die Unkenntnis von der Veröffentlichung entschuldigen. Für unverzinsliche Inhaberpapiere, die auf Sicht zahlbar sind, und für fällige oder nächstfällige Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine gilt dies nicht (§ 367).

Literatur: Goldschmidt, Z. f. HR. VIII 225 ff., IX 1 ff. Fitting, ebenda XVIII 333 ff. Viezens, ebenda XXXIII 177 ff. Gierke, D. PR. II § 139. K. Lehmann § 120 Z. 3. Gareis § 44 Z. 7. Cosack § 28.

§ 69. Pfandrecht. Das alte HGB. kannte ein besonderes kaufmännisches Pfandrecht, das unter Kaufleuten für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften an beweglichen Sachen und Wertpapieren als Faustpfand ohne die Förmlichkeiten des bürgerlichen Rechts bestellt werden konnte und im Falle schriftlicher Verpfändung ein Befriedigungsrecht ohne Klage auf Grund gerichtlicher Verkaufsbewilligung, im Falle schriftlicher Wegbedingung der gerichtlichen Mitwirkung ein Selbstverkaufsrecht gewährte (Art. 309—312). Das neue HGB. hat diese Sätze gestrichen, da das BGB. an Fahrnis nur ein Faustpfandrecht kennt, weitere Förmlichkeiten nicht fordert und jedem Pfandgläubiger ein Selbstverkaufsrecht einräumt. Die einzige handelsrechtliche Besonderheit besteht jetzt darin, daß, wenn die Verpfändung auf beiden Seiten Handelsgeschäft ist, die Wartefrist nach der Androhung des Verkaufs nicht, wie nach BGB. § 1234, einen Monat, sondern nur eine Woche beträgt (§ 368).

Dem Handelsrecht eigentümlich sind die gesetzlichen Pfandrechte gewisser Kaufleute an Waren, die auf Grund bestimmter Handelsgeschäfte in ihren Besitz gelangt sind. Es sind dies die später zu besprechenden Pfandrechte des Kommissionärs (§ 397), Spediteurs (§ 410), Lagerhalters (§ 421) und Frachtführers (§ 440). Die Verkürzung der Wartefrist auf eine Woche tritt hier zugunsten des Spediteurs und des Frachtführers schon ein, wenn das Speditions- oder Frachtgeschäft auf ihrer Seite Handelsgeschäft ist, setzt dagegen beim Kommissionär und beim Lagerhalter ein beiderseitiges Handelsgeschäft voraus (§ 368 Abs. 2). Unter mehreren gesetzlichen Pfandrechten an demselben Gute besteht eine gesetzliche Rangordnung, der zufolge die durch Versendung oder Beförderung des Gutes entstandenen Pfandrechte den auf andere Weise entstandenen Pfandrechten und unter ihnen die jüngeren den älteren vorgehen, während es unter den anderen beim Altersvorzuge bleibt (§ 443).

Literatur: Laband, Z. f. HR. IX 225 ff., 425 ff. Goldschmidt, Handb. II 872 ff. Endemann im Handb. II 64 ff. K. Lehmann § 121, 124. Cosack § 29—30.

§ 70. Wertpapiere. Wertpapiere sind Urkunden, an die das in ihnen verbriefte Recht seinem Bestande nach geknüpft ist. Das vollkommene Wertpapier ist ein unentbehrliches Mittel für den Erwerb, die Übertragung und die Geltendmachung des verbrieften Rechts; es gibt aber unvollkommene Wertpapiere, bei denen nur die Verwertung durch Übertragung oder Ausübung durch das Papier bedingt ist. In dem Maße, in dem die Idee des Wertpapiers durchgeführt ist, erscheint das Recht als im Papier verkörpert und folgt daher den sachenrechtlichen Schicksalen des Papiers. Anderseits erfährt, weil allein das verbriefte Recht dem Papier seinen Wert verleiht, das Sachenrecht bei den einzelnen Arten der Wertpapiere mancherlei Abwandlungen. Insoweit die Wertpapiere als bewegliche körperliche Sachen den Gegenstand des Handels bilden, werden sie vom Handelsrecht den Waren gleichgestellt.

1. Die Wertpapiere zerfallen nach der Abstufung der Rechtsversachlichung in Rektapapiere, Orderpapiere und Inhaberpapiere.

a) Rektapapiere sind Wertpapiere, die eine bestimmte Person und nur sie als berechtigt nennen; ihre sachenrechtlichen Schicksale bleiben durch die Schicksale des je nach seiner Beschaffenheit ungleich behandelten verbrieften Rechtes bedingt. Unter ihnen haben Namenaktien, deren Indossierbarkeit ausgeschlossen ist, und Ladescheine ohne Orderklausel ihre Heimat im Handelsrecht, Konnossemente, Bodmereibriefe und Seeversicherungspolicen ohne Orderklausel im Seerecht, Rektawechsel und Rektaschecks im Wechsel- und Scheckrecht; das BGB. gestaltet Anweisungen auf Geld oder andere vertretbare Sachen und Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe als Rektapapiere aus.

b) Orderpapiere sind Wertpapiere, die eine bestimmte Person oder jede andere Person, die von ihr Order haben werde, als berechtigt bezeichnen; bei ihnen ist die Herrschaft des Sachenrechts über das verbriefte Recht durch die Verknüpfung der Ordererteilung mit dem Papier in Gestalt des Indossamentes erweitert. Orderpapiere sind dem gemeinen bürgerlichen Recht unbekannt; für das BGB. sind sie Fremdlinge, mit denen es sich nur insoweit beschäftigt, als sie in den bürgerlichen Rechtsverkehr eintreten. Das typische Orderpapier ist der Wechsel, der die Orderklausel in sich trägt. Ihm nachgebildet ist der Scheck. Das Handelsrecht gestaltet, wie schon gezeigt ist, die regelmäßige Namenaktie zum unvollkommenen Orderpapier aus. Überdies aber ermöglicht es die Erhebung von Urkunden bestimmter Art zu vollkommenen Orderpapieren (§§ 363—365).

Diese handelsrechtlichen Orderpapiere müssen ausdrücklich an Order lauten. Es gibt sieben Arten von Urkunden, die dazu befähigt sind: kaufmännische Anweisungen, d. h. Anweisungen, die auf einen Kaufmann über die Leistung von Geld, Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen ausgestellt sind, ohne daß darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist; kaufmännische Verpflichtungsscheine, d. h. von einem Kaufmann ausgestellte Verpflichtungsscheine über die Leistung von Gegenständen gleicher Art unabhängig von einer Gegenleistung; Konnossemente; Ladescheine; Lagerscheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten; Bodmereibriefe; Transportversicherungspolicen.

Bei allen diesen Papieren hat das Indossament die gleiche Übertragungskraft wie das Wechselindossament. Mit dem indossierten Papier gehen alle Rechte aus dem Papier auf

den Indossatar über. Und sie gehen dem Wortlaut des Papieres gemäß (skripturgemäß) über, so daß dem legitimierten Papierbesitzer vom Schuldner nur solche Einwendungen entgegengesetzt werden können, die sich gegen die Gültigkeit der Ausstellung richten oder sich aus dem Inhalt des Papiers ergeben oder unmittelbar gegen den Besitzer gehen. Dagegen hat das Indossament hier nicht die Verpflichtungskraft des Wechselindossaments. Die Form des Indossaments richtet sich nach Wechselrecht; insbesondere ist ein Blankoindossament zulässig. Ebenso entscheiden die Regeln des Wechselrechts über die Legitimation des Besitzers, die Prüfung der Legitimation (keine Verpflichtung des Schuldners, die Echtheit der Indossamente zu prüfen) und die Beschränkung des Herausgabeanspruchs gegen den legitimierten Besitzer (WO. Art. 36 und 74).

Die handelsrechtlichen Orderpapiere sind Einlösungspapiere. Der Schuldner braucht nur gegen Aushändigung der quittierten Urkunde zu leisten (§ 364 Abs. 3). Doch ist Kraftloserklärung möglich; der Schuldner ist schon nach Einleitung des Aufgebotverfahrens falls ihm Sicherheit bestellt wird, zur Leistung nach Maßgabe der Urkunde verpflichtet (§ 365 Abs. 2).

c) Inhaberpapiere sind Wertpapiere, die auf die unbestimmte Person des jeweiligen Inhabers lauten; bei ihnen werden die Schicksale des Rechts aus dem Papier zugleich mit denen des Rechts am Papier ausschließlich durch das Sachenrecht bestimmt. Das BGB. regelt die Schuldverschreibungen auf den Inhaber und die Grundschuldbriefe auf den Inhaber, das Scheckgesetz den Inhaberscheck, das HGB., wie schon gezeigt ist, die Inhaberaktie.

2. Die Wertpapiere zerfallen nach der Beschaffenheit des verbrieften Rechts in Mitgliedschaftspapiere, von denen die Aktien in das Handelsrecht fallen, Forderungspapiere, zu denen alle sonst erwähnten handelsrechtlichen Wertpapiere gehören, und Sachenrechtspapiere, von denen die liegenschaftsrechtlichen im bürgerlichen Recht wurzeln, dagegen die fahrnisrechtlichen dem Handelsrecht entstammen.

Dies sind die Warenpapiere (Traditions- oder Dispositionspapiere), die zunächst eine Forderung auf Herausgabe beweglicher Sachen verkörpern, zugleich aber, weil sie damit eine Verfügung über die Sachen gewähren, die Sachen in sachenrechtlichen Verhältnissen vertreten können. Ihr Besitz vermag daher zugleich Sachbesitz zu geben und zu erhalten, und ihre Übergabe ist Mittel der Besitzübertragung. So kann bei der Übereignung oder Verpfändung der Waren, auch wenn sie sich in der Ferne befinden, die Übergabe des Warenpapiers die Übergabe des Gutes vertreten. Nur muß, je nachdem das Papier Rekta-, Order- oder Inhaberpapier ist, zugleich die entsprechende papiergemäße Legitimation des Besitzers zur Empfangnahme hergestellt sein. Man darf die dingliche Wirkung der gehörigen Papierbegebung nicht, wie vielfach geschieht, auf einen bloßen Anwendungsfall der Übertragung des mittelbaren Besitzes durch Anspruchsabtretung (gemäß BGB. § 870, 931) zurückführen. Man darf aber auch nicht, wie neuerdings besonders Heymann, der Papierbegebung eine „absolute" Wirkung zuschreiben, so daß sie im Sinne der alten traditio cartae ein von den Besitzverhältnissen an der Ware unabhängiges Mittel der Rechtsübertragung wäre. Vielmehr wirkt die Papierbegebung vermöge der im Papier verkörperten Rechtsmacht nach Art leiblicher Übergabe, diese Wirkung ist aber an das Dasein des Warenbesitzes, den das Papier verschaffen soll, gebunden. Die Übereignungswirkung tritt daher nicht ein, wenn zur Zeit der Papierbegebung der papiergemäß Herausgabepflichtige nicht mehr besitzt. Es verhält sich bei dieser Tradition der Ware durch Übergabe eines juristischen Herrschaftsmittels ähnlich, wie bei der Sachtradition durch Übergabe der die tatsächliche Herrschaft gewährenden Schlüssel. — Das neue HGB. erteilt die Kraft des Warenpapiers allen Konnossementen (das alte HGB. Art. 644 nur den Orderkonnossementen), allen Ladescheinen (wie vorher schon das BSchG.) und den an Order lautenden Lagerscheinen, jedoch erst von dem Zeitpunkt an, in dem das Gut vom Schiffer oder einem anderen Vertreter des Reeders, vom Frachtführer oder vom Lagerhalter übernommen ist (§§ 647, 450, 424).

Literatur: Brunner, b. Endemann II 140 ff. H. O. Lehmann, Zur Theorie der Wertpapiere, 1890. Goldschmidt, Z. f. HR. XXIX 18 ff. Jacobi, Begriff und Recht der Wertpapiere nach dem BGB., 1901. Gierke, DPR. II § 108—112. K. Lehmann § 118—119, 161. Gareis § 69 ff., § 44 Z. 6. E. Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere (in Festg. f. Dahn), 1905; dazu M. Wolff, Z. f. HR. LVIII 620 ff.

Fünftes Buch.

Handelsobligationenrecht.

Erstes Kapitel.

Handelsgeschäfte überhaupt.

§ 71. Begriff und Bedeutung. Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören; Grundhandelsgeschäfte (oben § 13) sind auch dann Handelsgeschäfte, wenn sie ein Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes schließt (§ 343).

Es gilt eine gesetzliche Vermutung für die Zugehörigkeit jedes von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäftes zu seinem Handelsbetriebe. Der Gegenbeweis ist unverschränkt. Die Vermutung verstärkt sich aber hinsichtlich der von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine dahin, daß sie nur durch den Inhalt der Urkunde selbst (daher bei einem Wechsel oder sonstigen abstrakten Schuldschein überhaupt nicht) widerlegbar ist (§ 344).

Für Handelsgeschäfte gilt ein Sonderrecht, durch das die Regeln des gemeinen Obligationenrechts teils abgeändert, teils ergänzt werden. Diese besonderen Rechtssätze kommen der Regel nach auch bei einseitigen Handelsgeschäften und zwar gleichmäßig für beide Teile zur Anwendung (§ 345). Doch gibt es zahlreiche Ausnahmen, indem viele Rechtssätze nur für zweiseitige Handelsgeschäfte, andere bei einseitigen nur für den kaufmännischen Teil gelten.

Der Umfang dieses Sonderrechts war im alten HGB., das sich nicht nur die Befriedigung der eigentümlichen Bedürfnisse des Handels, sondern auch die Schaffung gemeindeutscher Grundzüge des Obligationenrechts für den Handel zum Ziel setzte, sehr erheblich (Buch IV Abschn. 1—4). Im neuen HGB. weisen gerade die allgemeinen Vorschriften über Handelsgeschäfte (Buch III Abschn. 1) die größte Verlustliste auf. Das meiste ist unverändert oder wenig verändert in das BGB. übergegangen.

Literatur: Regelsberger b. Endemann II 381 ff. K. Lehmann § 21, 116. Gareis § 41 ff. Cosack § 22 ff. M. Wolff, Z. f. HR. XLVII 247 ff.; Über einige Grundbegriffe des HR. S. 146 ff.

§ 72. Inhalt. Der Inhalt der handelsrechtlichen Schuldverhältnisse wird in erster Linie durch die Willenserklärungen der Beteiligten bestimmt.

1. Für die Auslegung in zweifelhaften Fällen gelten die allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts. Die ausdrückliche Vorschrift des alten HGB. Art. 278, daß der wahre Wille zu erforschen sei, ist als selbstverständlich gestrichen. Die Vorschrift des BGB. § 157, nach der Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, hat für Handelsgeschäfte besondere Bedeutung. Sie wird aber durch die Vorschrift des HGB. § 346 ergänzt, nach der unter Kaufleuten in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die Handelssitte Rücksicht zu nehmen ist (oben § 5).

2. Von den Schranken der Vertragsfreiheit wurden im alten HGB. die festen Schranken des älteren Rechts für Handelsgeschäfte ganz oder teilweise beseitigt (Anfechtung wegen laesio enormis Art. 256, lex Anastasiana Art. 299, Grenze des Höchstbetrages der Vertragsstrafe Art. 284 Abs. 1, Zinstaxen Art. 292—293). Alle diese Beschränkungen sind seitdem überhaupt weggefallen. Dagegen treffen die zum Ersatz eingeführten Beschränkungen des neueren Rechts, insbesondere die allgemeinen Vorschriften über wucherische Geschäfte und die Einzelvorschriften gegen wucherische Ausbeutung, auch den Handelsverkehr. (Die in § 2 des RG. v. 14. Nov. 1867 für Kaufmannsschulden gemachte Ausnahme von dem unentziehbaren halbjährigen Kündigungsrecht des Schuldners bei einem Zinssatz über 6. v. H.

ist gegenüber dem BGB. § 247 nicht erneut.) Nur das richterliche Ermäßigungsrecht bei zu hoher Vertragsstrafe greift gegenüber einer von einem Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochenen Vertragsstrafe nicht Platz (§§ 348, 351). Auch findet das Verbot des Zinseszinses auf die im Kontokurrentsaldo steckenden Zinsen keine Anwendung (§ 365 Art. 1).

3. Unter den gesetzlichen Einzelbestimmungen über den Inhalt handelsrechtlicher Schuldverhältnisse sind die Vorschriften über Solidarschuld (Art. 250—281) und Schadensersatzanspruch (Art. 283) in das bürgerliche Recht übergegangen (BGB. § 247 mit § 769, § 252).

Besonders geregelt bleibt das Maß der Sorgfalt, für das der Kaufmann aus einem Geschäft, das auf seiner Seite Handelsgeschäft ist, einzustehen hat. Er schuldet, soweit er nicht nach den Regeln des BGB. nur für grobe Fahrlässigkeit haftet oder nur gleiche Sorgfalt wie in eignen Angelegenheiten anzuwenden hat, die besondere „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns" (§ 347).

Ferner gilt bei beiderseitigen Handelsgeschäften ein erhöhter gesetzlicher Zinsfuß von 5 v. H. für gesetzliche Zinsen (einschließlich Verzugszinsen) und ohne Bestimmung der Höhe versprochene Zinsen (§ 352 Abs. 1, nach dem früheren Art. 287 bei allen Handelsgeschäften 6 v. H.); derselbe Zinsfuß tritt überall ein, wo das HGB. Zinsen auferlegt, ohne einen anderen Zinsfuß zu bestimmen (§ 352 Abs. 2).

Sodann können im Handelsverkehr Zinsen ohne Abrede fordern: Kaufleute untereinander für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften (ausgenommen Zinsforderungen) vom Tage der Fälligkeit an (§ 353); ein Kaufmann, der in Ausübung seines Handelsgewerbes jemandem Dienste leistet oder Geschäfte besorgt, für Darlehen, Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen vom Tage der Leistung an (§ 354 Abs. 2); beim kaufmännischen Kontokurrent der Teil, für den der Saldo einen Überschuß ergibt, für diesen Überschuß vom Tage des Rechnungsabschlusses an (§ 355 Abs. 1).

Endlich kann Vergütung ohne Abrede für geleistete Arbeit in Form von Provision und für Aufbewahrung von Sachen in Form von Lagergeld jeder Kaufmann fordern, der in Ausübung seines Handelsgewerbes einem anderen Dienste leistet oder Geschäfte besorgt (§ 354 Abs. 1).

§ 73. Abschluß der Handelsgeschäfte.

1. Form. Das alte HGB. Art. 317 befreite alle Handelsgeschäfte, für die es nichts anderes bestimmte, von den Formvorschriften des bürgerlichen Rechts. Diese Ausnahmestellung der Handelsgeschäfte ist weggefallen; Handelsgeschäfte sind gleich allen Rechtsgeschäften der Regel nach formfrei, bleiben jedoch den für gewisse Rechtsgeschäfte nach bürgerlichem Recht geltenden Formvorschriften unterworfen. Hiervon gilt aber die Ausnahme, daß das Erfordernis der Schriftform wegfällt, wenn ein Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Bürgschaft übernimmt oder ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis abgibt (§§ 350, 351). (Die besonderen Vorschriften des alten HGB. über abstrakte Versprechen in Art. 300, Art. 301 Abs. 2—3 und Art. 294 sind ins bürgerliche Recht übergegangen; Art. 295 war längst bedeutungslos.)

2. Willenseinigung. Das alte HGB. Art. 318—323 regelte das Zustandekommen der Verträge durch Antrag und Annahme und legte dabei die deutschrechtliche bindende Kraft des Antrags („Gebundenheit ans Wort") zugrunde. Das BGB. §§ 145—156 trifft allgemeine Bestimmungen auf gleicher Grundlage. Soweit es abweicht (insbesondere z. B. durch Beseitigung der in Art. 322 angeordneten Zurückziehung der Wirkungen des Vertragsschlusses unter Abwesenden auf den Augenblick der Absendung der Annahmeerklärung), ist auch das Handelsrecht geändert. Doch bleiben nach HGB. § 362 Besonderheiten bestehen, wenn einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, ein Antrag über Besorgung solcher Geschäfte von jemand zugeht, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, oder wenn einem Kaufmann ein Antrag über Besorgung von Geschäften von jemand zugeht, dem gegenüber er sich (sei es auch nur durch öffentliche Ankündigung für jedermann) zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat. In derartigen Fällen ist der Kaufmann verpflichtet, unverzüglich zu antworten. Sein Schweigen aber, das nach bürgerlichem Recht als Ablehnung

gelten würde (BGB. § 663), falls nicht damit Annahme beabsichtigt ist (nach BGB. § 151), gilt schlechthin als Annahme. Auch hat der Kaufmann selbst dann, wenn er den Antrag ablehnt, mitgesendete Waren auf Kosten des Antragstellers, soweit er dafür gedeckt ist und es ohne Nachteil für ihn geschehen kann, einstweilen vor Schaden zu bewahren.

§ 74. Erfüllung der Handelsgeschäfte. Die Erfüllung muß so erfolgen, wie sie bedungen ist. Allgemein aber gilt die Regel, daß die Leistung so und nur so zu bewirken ist, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte — unter Kaufleuten also die Handelssitte es erfordern (BGB. § 242).

Besondere gesetzliche Regeln stellte das alte HGB. Art. 324—326 über den Erfüllungsort (und den davon unter Umständen verschiedenen Bestimmungsort) auf; sie sind (bis auf Art. 324 Abs. 2 über die Bedeutung des Lagerungsorts) in das BGB. §§ 269—271 übergegangen.

Ebenso sind die Bestimmungen des alten HGB. über die Erfüllungszeit (Art. 327—334) großenteils mit einigen Änderungen (sachlich geändert ist besonders Art. 330 durch BGB. § 193) in das bürgerliche Recht verpflanzt. Beibehalten hat das neue HGB. nur den Satz, daß bei Handelsgeschäften die Leistung nur während der gewöhnlichen Geschäftszeit bewirkt und gefordert werden kann (§ 358), und die Auslegungsregeln, nach denen über die Bedeutung von Erfüllungsterminen wie „Frühjahr", „Herbst" u. dgl. im Zweifel der Handelsgebrauch des Erfüllungsortes entscheidet und eine vereinbarte Frist von acht Tagen im Zweifel volle acht Tage umfaßt (§ 359).

Hinsichtlich des Gegenstandes der Leistung gelten bei Handelsgeschäften zwei besondere Auslegungsregeln. Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Ware geschuldet, so ist Handelsgut mittlerer Art und Güte zu leisten (§ 360). Maß, Gewicht, Währung, Zeitrechnung und Entfernungen, die am Erfüllungsort gelten, sind im Zweifel als die vertragsmäßigen zu betrachten (§ 361). (Die Bestimmungen des früheren Art. 336 Abs. 2 über die Leistung einer Geldschuld sind durch BGB. §§ 244—245 ersetzt.)

Ihrem rechtlichen Wesen nach erschien die Erfüllung dem Handel stets als ein durch Angebot und Annahme zustande kommendes zweiseitiges Rechtsgeschäft, so daß Mängel der Erfüllung durch Annahme als Erfüllung geheilt werden. Diese Auffassung liegt jetzt auch dem bürgerlichen Recht zugrunde (vgl. BGB. § 363). Anderseits machte sich im Handel vielfach der Gedanke geltend, daß einmal versäumte Erfüllung nicht nachzuholen ist, daß daher bei Erfüllungsverzug der andere Teil die nachträgliche Erfüllung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder ganz zurücktreten kann. Dieses Recht aus Nichterfüllung, das im alten HGB. beim Handelskauf besonders ausgestaltet war, ist im BGB. bei allen gegenseitigen Verträgen anerkannt; es wird durch die Verpflichtung zur Gewährung einer angemessenen Nachfrist ermäßigt; diese Verpflichtung fällt aber, was für Handelsgeschäfte von besonderer Bedeutung ist, stets dann, wenn die nachträgliche Erfüllung für den Gläubiger kein Interesse mehr hat, und überdies bei Fixgeschäften weg (BGB. §§ 326, 361).

§ 75. Sicherungsmittel bei Handelsgeschäften. Die Sonderbestimmungen des alten HGB. über die Bedeutung der Vertragsstrafe (Art. 284 Abs. 2—3) und der Draufgabe (Art. 285) sind ins BGB. (§§ 340, 336—337) übergegangen. Vom kaufmännischen Pfandrechte war schon die Rede. Besonderheiten gelten außerdem für die Bürgschaft und das Zurückbehaltungsrecht.

1. Bürgschaft. Während nach dem alten HGB. Art. 281 jede Bürgschaft, die entweder selbst ein Handelsgeschäft oder für eine Schuld aus einem Handelsgeschäft auf seiten des Hauptschuldners geleistet ist, als Handelsbürgschaft galt, bei der eine Form nicht erforderlich und die Einrede der Vorausklage und der Teilung ausgeschlossen war, untersteht nach dem neuen HGB. §§ 349—351 die Bürgschaft nur dann einem Handelssonderrecht, wenn sie für den Bürgen ein Handelsgeschäft und überdies der Bürge Vollkaufmann ist. Dann ist (wie schon erwähnt) die Schriftform nicht erforderlich und steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu (die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Bürgen gilt jetzt schon nach BGB. § 769). Diese Verschärfungen treten auch ein, wenn ein Vollkaufmann aus einem Kreditauftrag als Bürge haftet. Hiernach bleibt auch eine stillschweigende Verbürgung des Vollkaufmanns (das nach der Handels-

sitte mit manchen Handelsgeschäften verbundene Delkredereſtehen) möglich. Vielfach iſt eine beſondere Vergütung für Bürgſchaftsleiſtung (Delkredereprovision) im Handel üblich.

2. Zurückbehaltungsrecht. Zur Sicherung wegen Forderungen aus beiderſeitigen Handelsgeſchäften haben Kaufleute gegeneinander ein beſonderes kaufmänniſches Zurückbehaltungsrecht (§§ 369—372). Es kann nicht nur wegen fälliger Forderungen, ſondern dann, wenn Unſicherheit des Schuldners durch Konkurseröffnung, Zahlungseinſtellung oder erfolgloſe Zwangsvollſtreckung feſtgeſtellt iſt, auch wegen nicht-fälliger Forderungen ausgeübt werden. Seinen Gegenſtand bilden nur bewegliche Sachen und Wertpapiere des Schuldners, die mit deſſen Willen auf Grund von Handelsgeſchäften in den Beſitz des Gläubigers gelangt und noch in ſeinem Beſitz ſind; doch findet es auch ſtatt, wenn das Eigentum auf den Gläubiger übergegangen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen iſt. Die Ausübung iſt ausgeſchloſſen, inſofern ſie der vom Schuldner vor oder bei der Übergabe erteilten Anweiſung oder der vom Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in beſtimmter Weiſe mit dem Gegenſtande zu verfahren, widerſpricht; dieſe Beſchränkung fällt aber weg, wenn Unſicherheit des Schuldners eingetreten und die dies offenbarende Tatſache dem Gläubiger erſt nach der Übergabe oder Verpflichtungsübernahme bekannt geworden iſt. Der Schuldner kann die Ausübung durch Sicherheitsleiſtung, aber nicht mit Bürgen, abwenden.

Die Wirkung iſt das Recht des Gläubigers, ſich aus dem zurückbehaltenen Gegenſtande wegen ſeiner Forderung zu befriedigen. Die Befriedigung erfolgt nach den Regeln des Pfandverkaufs (mit der verkürzten Wartefriſt von einer Woche), jedoch niemals ohne Klage, vielmehr, falls nicht der Weg der Zwangsvollſtreckung beſchritten wird, nur auf Grund eines vollſtreckbaren Titels gegen den Eigentümer (oder, wenn der Gläubiger ſelbſt der Eigentümer iſt, gegen den Schuldner); ein Verkauf ohne vollſtreckbaren Titel iſt nicht rechtmäßig. Der gute Glaube des Gläubigers an den Fortbeſtand des beim Beſitzerwerbe vorhandenen Eigentums des Schuldners wird in Anſehung der Befriedigung geſchützt, wenn auch inzwiſchen ein anderer das Eigentum erworben hat.

Das kaufmänniſche Zurückbehaltungsrecht iſt trotz ſeiner Annäherung an das Pfandrecht ein perſönliches, kein dingliches Recht (RGer. VIII Nr. 30, XIV Nr. 36, Seuff. XLVI Nr. 113). Darum entbehrt es auch der unbedingten Kraft gegen Dritte. Nur inſoweit, als der Fahrnisbeſitz jedem perſönlichen Recht dingliche Wirkungen verſchafft, treten dieſe Wirkungen auch zugunſten des Zurückbehaltungsrechts ein. Das Zurückbehaltungsrecht beſteht daher einem Dritten gegenüber nur inſoweit, als dieſem die Einwendungen gegen den Herausgabeanſpruch des Schuldners überhaupt (insbeſondere nach BGB. § 986 Abſ. 2) entgegengeſetzt werden können (§ 369 Abſ. 2). Inſoweit gewährt es auch in Anſehung der Befriedigung aus der Sache den Vorrang vor dem dinglichen Rechte des Dritten (§ 371 Abſ. 1 S. 2).

Literatur: Laband, Z. f. HR. IX 482 ff. Goldſchmidt, Handb. II 962 ff. Korn, Kaufmänniſches Retentionsrecht, 1881. Reinhold, Allg. u. kaufm. Zurückbehaltungsrecht, 1890. Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht, 1904, S. 192 ff. Planitz, Das Weſen des kaufmänniſchen Zurückbehaltungsrechts geſchichtlich entwickelt, 1906. K. Lehmann § 126. Gareis § 44 Z. 9. Coſack § 31.

§ 76. Öffentliche Anſtalten für den Abſchluß von Handelsgeſchäften.

1. Märkte. Märkte ſind regelmäßige Zuſammenkünfte zum Zweck des Umſatzes zur Stelle gebrachter Waren. Zu ihnen gehören Meſſen (für Großhandel), Jahrmärkte (für Kleinhandel) und Wochenmärkte (für Handel mit Gegenſtänden des täglichen Bedürfniſſes). Das Recht zur Veranſtaltung von Märkten, im Mittelalter als „Marktrecht" auf königliche Verleihung zurückgeführt, fließt aus öffentlichrechtlicher Geſtattung und wird durch obrigkeitliche Marktordnungen geregelt und beſchränkt. Die mit dem Marktrecht früher verbundenen Privilegien (Marktfriede, Marktgericht, Marktfreiheit) und die es ergänzenden Monopolrechte (Stapel-Niederlags-, Kranrecht, Straßenzwang) ſind bis auf geringe Reſte (vgl. z. B. RGewO. § 64 Abſ. 2) weggefallen. Die privatrechtliche Bedeutung der Märkte beſteht namentlich in der Bildung des Marktpreiſes.

2. Börſen. Börſen ſind regelmäßige, ſich in verhältnismäßig kurzen Zwiſchenräumen wiederholende Zuſammenkünfte für den Abſchluß von Handelsgeſchäften über nicht zur Stelle

gebrachte vertretbare Waren oder Wertpapiere (Produktenbörse, Fonds- oder Effektenbörse). Sie bestehen nur an bedeutenderen Handelsplätzen und dienen überwiegend dem Geschäftsverkehr einheimischer Großkaufleute untereinander. Ursprünglich Einrichtungen der Kaufmannsgilden und in den Gildehallen abgehalten, wurden sie in Deutschland, obschon ohne völlige Verwischung des korporativen Ursprungs, in neuerer Zeit staatlich geregelt. Die für die einzelnen Börsen erlassenen Börsenordnungen (z. B. Berliner v. 1825 u. 1866, Breslauer v. 1867), auf die das alte HGB. verwies (Art. 331), gingen mannigfach auseinander. Durch das Reichsbörsengesetz vom 22. Juni 1896, das nach Abänderung durch die Novelle v. 8. Mai 1908 in neuer Fassung v. 27. Mai 1908 verkündet ist, wurden die Grundzüge einheitlich geregelt. Das Börsenrecht ist, da die Börsen als öffentliche Anstalten organisiert und mit öffentlichrechtlichen Funktionen ausgestattet sind, in der Hauptsache öffentliches Recht. Doch greift die Ordnung des Börsenwesens vielfach, wie z. B. durch die Fürsorge für amtliche Feststellung der Börsenpreise mit Hilfe der vereidigten Kursmakler, die Regelung der Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel und die Ermächtigung der Börsenorgane zur autonomischen Festsetzung von Börsenusanzen, tief in das Privatrecht ein. Überdies aber enthält das Börsengesetz wichtige privatrechtliche Vorschriften über Börsentermingeschäfte. — In diesem Werke ist jetzt das gesamte Börsenrecht besonderer Darstellung vorbehalten.

Literatur: Rathgen, Märkte und Messen, Handwörterb. der Staatswiss. [3] VI 587 ff. Pfleger, Börsenrecht, ebenda III 138 ff. M. Weber, Z. f. HR. XLIII 83 ff., 457 ff., XLIV 29 ff. Wiedenfeld, Die Börse in ihren wirtschaftlichen Funktionen und ihrer rechtlichen Gestalt, 1898. K. Lehmann § 35. Gareis § 49. Cosack § 93 ff.

Zweites Kapitel.

Einzelne Handelsgeschäfte.

§ 77. Arten der Handelsgeschäfte. Die Handelsgeschäfte sind entweder solche, die dem Handel eigentümlich sind, oder solche, die auch dem bürgerlichen Recht angehören; für die letzteren gelten entweder besondere handelsrechtliche Vorschriften oder nur die allgemeinen Abweichungen vom bürgerlichen Recht. Hier ist nur von den dem Handel eigentümlichen und von den im Handel sonderrechtlich ausgestalteten Geschäftsarten noch zu reden.

Die Handelsgeschäfte zerfallen dem Gegenstande nach in fünf Gruppen.

1. Warengeschäfte. Ein Sonderrecht gilt für den Handelskauf (unten § 78). An ihn lehnen sich die Börsengeschäfte an (unten § 79). Für Tausch, Miete, Leihe gelten keine besonderen Regeln.

2. Geldgeschäfte. Sie sind vom Handel zum Teil eigentümlich ausgestaltet (unten § 80).

3. Kreditgeschäfte. Auch sie sind zum Teil vom Handel typisch ausgebildet (unten § 84).

4. Arbeitsgeschäfte. Die Dienstverträge des Handelsrechts und der Handelsmäklervertrag sind schon besprochen. Der regelmäßige Werkvertrag unterliegt als Handelsgeschäft keinem Spezialrecht. Der Verlagsvertrag ist außerhalb des Handelsrechts geregelt. Dagegen gilt ein Handelssonderrecht für das Kommissionsgeschäft (unten § 82), das Speditionsgeschäft (unten § 83), das Lagergeschäft (unten § 84) und das Frachtgeschäft (unten §§ 85—86).

5. Versicherungsgeschäfte. Der Versicherungsvertrag ist, von der Seeversicherung abgesehen, keinem Handelssonderrecht unterworfen.

§ 78. Handelskauf. Für den Handelskauf galt nach dem alten HGB. (Art. 337—359) ein sehr umfassendes Sonderrecht, das im neuen HGB. gegenüber den Vorschriften des BGB. über den Kauf sehr zusammengeschrumpft und überdies in den wichtigsten Punkten auf den zweiseitigen Handelskauf beschränkt ist.

1. Begriff. Ein Kauf ist Handelskauf, wenn er Handelsgeschäft ist und seinen Gegenstand Waren oder Wertpapiere bilden (§ 381 Abs. 1). Grundstückskauf und Rechtskauf sind,

auch wenn sie Handelsgeschäft sind, kein Handelskauf. Die Erstreckung des Kaufrechts auf den Lieferungsvertrag (BGB. § 651) gilt beim Handelskauf vorbehaltlos auch dann, wenn die Sache, die der Unternehmer aus dem von ihm zu beschaffenden Stoff herstellen soll, eine nicht vertretbare bewegliche Sache ist (§ 381 Abs. 2).

2. Inhalt. Für Ware und Preis gilt bürgerliches Recht. Doch kommt, wenn der Kaufpreis nach dem Gewicht der Ware zu berechnen ist, mangels besonderer Vereinbarung der Handelsgebrauch des Ortes, an dem der Verkäufer zu erfüllen hat, in Betracht; nach der gesetzlichen Regel ist das Taragewicht (Gewicht der Verpackung) vom Bruttogewicht abzuziehen; der Handelsgebrauch aber kann den Abzug ausschließen oder nach einem bestimmten Ansatz oder Verhältnis normieren; er kann auch dem Käufer ein Gutgewicht oder eine Refaktie (Vergütung für schadhafte und unbrauchbare Teile) zubilligen (§ 380). Die Bestimmung des Preises erfolgt oft durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Zahlung des Markt- oder Börsenpreises (statt Art. 353 jetzt BGB. § 453). Nach Vereinbarung oder Handelsgebrauch findet vielfach eine Preisermäßigung durch Rabatt statt, der entweder als eigentlicher Rabatt einen Diskont für verfrühte Zahlung oder als uneigentlicher Rabatt eine einfache Preisminderung für Wiederverkäufer, Engrosabnehmer, regelmäßige Kunden, Vereinsmitglieder usw. bedeutet. Ein Fall des uneigentlichen Rabatts ist der Buchhändlerrabatt ($33^1/_3$ oder 25 v. H.), den die Verleger den Sortimentern, die dafür die Kosten der Versendung und der Rücksendung nicht fest bestellter Bücher übernehmen, gewähren.

3. Erfüllung. Der Handelskauf ist durch Übergabe der Ware und Zahlung des Preises zu erfüllen. Hinsichtlich des Erfüllungsortes und der Erfüllungszeit gelten die allgemeinen Regeln (früher Art. 342). Je nachdem die Ware vom Verkäufer an dem Ort, an dem sie sich befindet, zu übergeben oder an einen anderen Ort zu versenden ist, unterscheidet man Platzkauf und Versandkauf (oder Distanzkauf); bei letzterem ist der Bestimmungsort, wenn nichts anderes bedungen wird, keineswegs der Erfüllungsort, mag auch der Verkäufer die Kosten der Versendung übernommen haben (BGB. § 269, früher Art. 342, 345 Abs. 2). Hinsichtlich der Erfüllungszeit unterscheidet man, je nachdem die Ware sofort oder später zu liefern ist, Tageskauf und Zeitkauf (oder Lieferungskauf); je nachdem der Preis Zug um Zug gegen Lieferung der Ware oder später oder früher zu zahlen ist, Barkauf, Kreditkauf (auf Borg, Rechnung oder Ziel) und Pränumerationskauf (wird durch Übersendung mit Nachnahme angesonnen, ROHG. XIII Nr. 65, Seuff. XLVII Nr. 140). Ist die Lieferungszeit oder die Zahlungszeit genau („fest", „prompt") durch Termin oder Frist bestimmt und diese Zeitbestimmung wesentlich, so liegt Fixkauf vor (§ 376, nach dem früheren Art. 357 nur bei fester Lieferungszeit).

Der Verkäufer ist verpflichtet, die Ware gehörig zu übergeben, und trägt die Kosten der Übergabe, nicht aber beim Distanzkauf die Kosten der Versendung (BGB. § 448, früher Art. 351). Bis zur Übergabe, jedoch beim Distanzkauf, soweit er nicht grundlos von einer Versendungsanweisung abgewichen ist, nur bis zur Auslieferung an den Spediteur, Frachtführer oder sonstigen Transportbesorger, trägt er die Gefahr (BGB. §§ 446—447; das alte HGB. ließ es bei der Rechtsverschiedenheit in den römisch-rechtlichen und deutschrechtlichen Gebieten und bestimmte nur beim Distanzkauf gleiches für den spätesten Zeitpunkt des Überganges der Gefahr, Art. 345, 343 Abs. 1). Ist der Käufer im Annahmeverzug, so hat der Verkäufer beim Handelskauf weitergehende Rechte als nach bürgerlichem Recht (§ 373, früher Art. 343). Denn er kann stets (abweichend von BGB. §§ 372 ff. u. §§ 383 ff.) sowohl die Ware auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhause oder sonst sicher hinterlegen als auch zum Selbsthilfeverkauf für Rechnung des säumigen Käufers schreiten. Der Selbsthilfeverkauf fordert vorgängige Androhung, es sei denn, daß die Ware dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge oder die Androhung sonst untunlich ist. Er muß regelmäßig im Wege der öffentlichen Versteigerung, bei der Verkäufer und Käufer mitbieten können, erfolgen, kann aber bei Waren mit Markt- oder Börsenpreis auch freihändig durch eine dazu ermächtigte Person zum laufenden Preise bewirkt werden. Der Verkäufer soll, soweit es nicht untunlich ist, Zeit und Ort der bevorstehenden Versteigerung und immer den vollzogenen Verkauf dem Käufer anzeigen, widrigenfalls er Schadensersatz zu leisten hat. Daneben behält der Verkäufer die ihm nach bürgerlichem Recht infolge des Annahmeverzuges zustehenden Rechte (§ 374), kann also namentlich auf Abnahme der Ware klagen und Schadensersatz wegen Verzuges fordern.

Der Käufer ist verpflichtet, die Ware abzunehmen (BGB. § 433 Abs. 2), und trägt die Kosten der Abnahme (BGB. § 448, früher Art. 351). Von der tatsächlichen Abnahme unterscheidet sich die kaufmännische „Empfangnahme", d. h. die Gutheißung der Übergabe als Erfüllung. Der Handelsverkehr legt dem Käufer eine Verpflichtung auf, die Ware, wenn sie gehörig beschaffen ist, zu empfangen und die Empfangnahme mangels anderer Abrede möglichst sofort zu bewirken (so früher ausdrücklich Art. 346). Hieraus folgt eine Prüfungs- und Rügepflicht, die im alten HGB. für den Distanzkauf gesetzlich festgestellt war (Art. 347), im neuen HGB. auf den Platzkauf erstreckt, jedoch auf den beiderseitigen Handelskauf eingeschränkt ist (§ 377). Der Käufer hat, wenn der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, die Ware unverzüglich nach der Ablieferung, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und einen hierbei entdeckten Mangel unverzüglich dem Verkäufer anzuzeigen. Unterläßt er dies, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war. Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden, widrigenfalls die Ware auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt gilt. Das bloße Schweigen des Käufers wirkt also als Empfangnahme. Dies ist (abweichend vom alten HGB.) sogar dann der Fall, wenn eine andere als die bedungene Ware oder Warenmenge geliefert ist, sofern nur nicht die Lieferung offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte. Die Ablehnung der Empfangnahme erfolgt entweder durch Weigerung der Abnahme oder durch nachträgliche Beanstandung, deren übliche Form darin besteht, daß der Käufer dem Verkäufer die Ware „zur Disposition stellt". Beim Distanzkauf aber muß, wenn er für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, der Käufer auch im Falle der Beanstandung für die einstweilige Aufbewahrung der übersendeten Ware sorgen, kann jedoch, wenn sie dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist, zum Selbsthilfeverkauf schreiten (§ 379; nach dem früheren Art. 348 bei jedem Distanzkauf). Durch Vereinbarung können die gesetzlichen Regeln über die Empfangnahme abgeändert werden; so wird durch die Klausel „Empfang erklärt" die Gutheißung in den Vertragsschluß verlegt, durch die Klausel „wie zu besehen" Prüfung vor der Abnahme gefordert, durch die Einräumung einer Frist für die Untersuchung und Mängelanzeige die Genehmigung durch Schweigen hinausgeschoben.

4. Gewährleistung. Die Gewährleistung wegen Mängel der Ware richtet sich nach bürgerlichem Recht. Die im alten HGB., Art. 349, für die Geltendmachung der Mängel vorgesehene Ausschlußfrist von sechs Monaten seit der Ablieferung ist weggefallen; dagegen ist die Verjährung der Ansprüche in sechs Monaten seit der Ablieferung, sowie die Erhaltung der Einreden durch Mängelrüge vor Ablauf der Verjährung in das bürgerliche Recht übergegangen; auch die Handelsrechtssätze, nach denen die Fristen durch Vertrag sowohl verlängert wie verkürzt werden können und im Falle des Betruges dem Verkäufer überhaupt nicht zugute kommen, sind für die Verjährungsfrist zu gemeinem Recht erhoben (BGB. §§ 477—478). Beim beiderseitigen Handelskauf wird aber durch die dem Käufer auferlegte Prüfungs- und Rügepflicht die Gewährleistungspflicht des Verkäufers auf die ihm unverzüglich nach rechtzeitiger Untersuchung angezeigten und die bei ordungsmäßiger Untersuchung nicht erkennbaren und ihm unverzüglich nach der Entdeckung angezeigten Mängel beschränkt. Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige (§ 377 Abs. 4). Die Geltendmachung arglistig verschwiegener Mängel bleibt auch hier vorbehalten (§ 377 Abs. 5). Für die Gewährleistung bei Viehmängeln gelten auch beim Handelskauf lediglich die Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§ 382).

5. Folgen der Nichterfüllung. Das alte HGB. gewährte beim Erfüllungsverzuge des Käufers, falls die Ware noch nicht übergeben ist, dem Verkäufer und beim Erfüllungsverzuge des Verkäufers dem Käufer die dreifache Wahl, Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu fordern oder statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten; es legte jedoch dem Verkäufer, falls er die zweite Alternative wählt, die Verpflichtung auf, den Schadensbetrag durch ordnungsmäßigen Selbsthilfeverkauf festzustellen; auch machte es für jeden Teil die Ausübung des Rechts, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder zurückzutreten, von vorgängiger Anzeige und, wenn nicht die Natur des Geschäftes dies ausschließt, von vergeblicher Gewährung einer

angemessenen Nachfrist abhängig (Art. 354—356). Ähnliche Regeln gelten jetzt schon nach bürgerlichem Recht (oben § 73 a. E., dazu BGB. § 440). Nur hat der Verkäufer das Wahlrecht auch dann, wenn er die Ware schon übergeben hat (jedoch das Rücktrittsrecht nicht, wenn er den Kaufpreis gestundet hat, BGB. § 454). Ferner ist, wenn Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert wird, der Selbsthilfeverkauf des Verkäufers zwar zulässig, jedoch so wenig wie der Deckungskauf des Käufers obligatorisch.

Handelsrechtliche Besonderheiten gelten jedoch beim Fixkauf (§ 376, früher Art. 357). Hier kann jeder Teil, sobald die ihm zu fester Zeit oder in fester Frist geschuldete Leistung nicht rechtzeitig erfolgt ist, selbst dann, wenn kein Erfüllungsverzug vorliegt, vom Vertrage zurücktreten, bei Erfüllungsverzug aber entweder zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, dagegen nachträgliche Erfüllung nur verlangen, wenn er dies sofort dem anderen Teil anzeigt. Als Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann er, wenn die Ware einen Markt- oder Börsenpreis hat, ohne weiteres den Unterschied des Kaufpreises und des Markt- oder Börsenpreises zur Zeit und am Orte der geschuldeten Leistung fordern. Er kann aber auch einen erweislich höheren Schaden geltendmachen. Insbesondere kann er auch bei Waren mit einem Markt- oder Börsenpreis seinem Ersatzanspruche als Verkäufer einen Selbsthilfeverkauf und als Käufer einen Deckungskauf zugrunde legen, muß aber dann den Verkauf oder Kauf sofort vornehmen und entweder in öffentlicher Versteigerung oder durch eine dazu ermächtigte Person zum laufenden Preise bewirken (Benachrichtigungspflicht nach § 376 Abs. 4).

6. Besondere Arten des Kaufs. Die Bestimmungen des alten HGB. über den Kauf auf Probe (Art. 339) und den Kauf nach Probe (Art. 340) sind ins BGB. (§§ 494—496) übergegangen, die über den Kauf zur Probe (Art. 341) als selbstverständlich gestrichen.

Eine besondere Art des Handelskaufes ist der Kauf auf Kondition, bei dem der Käufer Waren unter der aufschiebenden Bedingung kauft, daß er sie entweder wiederverkauft oder bis zum Ablauf einer bestimmten Frist nicht zurückgibt. Das Hauptbeispiel ist das Konditionsgeschäft des Buchhandels.

Dem Handel eigentümlich ist auch der Spezifikationskauf, bei dem dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse der Ware (z. B. Eisen, Holz) vorbehalten ist. Das neue HGB. § 375 erklärt den Käufer für verpflichtet, die Bestimmung zu treffen, und gewährt, wenn er hiermit im Verzuge ist, dem Verkäufer das Recht, entweder selbst die Bestimmung zu treffen oder gemäß BGB. § 326 Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder zurückzutreten. Die vom Verkäufer getroffene Bestimmung ist aber erst maßgebend, wenn sie dem Käufer mitgeteilt und von diesem binnen einer ihm gesetzten angemessenen Frist nicht durch eine anderweitige Bestimmung ersetzt ist.

Literatur: Gareis b. Endemann II §§ 258—276; Das Stellen zur Disposition, 1870. Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware, 1883/87. Boden, Z. f. HR. LI 339 ff. M. Sohm, ebenda LIII 79 ff. Buhl, Das Konditionsgeschäft des Buchhandels, ebenda XXX 180 ff. K. Adler, Der Annahmeverzug des Käufers bei Handelskauf, ebenda LXXI 449 ff. Oertmann, Arch. f. z. Pr. LXXXV. 202 ff. Kohler, Arch. f. z. Pr. XIII 185 ff. K. Lehmann § 164—171. Gareis § 45—46. Cosack § 40—45, 112.

§ 79. Börsengeschäfte. Der Börsenverkehr hat eigenartige Geschäfte in Waren und Wertpapieren ausgebildet, die, wenn sie an der Börse geschlossen werden, nach den Börsenusancen zu beurteilen sind, aber auch außerhalb der Börse vorkommen. Von den Börsengeschäften handelt jetzt in diesem Werke der besondere Abschnitt über Börsenrecht. Hier sei nur einiges über ihr Verhältnis zu dem allgemeinen Recht der Handelsgeschäfte bemerkt.

Die meisten Börsengeschäfte sind Arten des Handelskaufes. In dem Gegensatz von Tageskauf und Lieferungskauf wurzelt die ungleiche Behandlung der „Kassageschäfte" und der „Zeitgeschäfte". Die Zeitgeschäfte erscheinen vor allem in der Gestalt von Fixkäufen. Abwandlungen des einfachen Typus des Lieferungskaufes werden durch verschiedene Nebenabreden herbeigeführt. Bei vielen Börsengeschäften wird dem Käufer oder Verkäufer gegen Entgelt (den in Preiszuschlag oder Preisminderung erscheinenden „Ekart") ein Wahlrecht eingeräumt; so kann er beim „Schluß auf fest und offen" einen Teil der Ware zu empfangen oder zu liefern ablehnen, beim „Nochgeschäft" durch seine Erklärung das zu empfangende oder zu

liefernde Quantum vervielfältigen, beim „Wandelgeschäft" verfrühte Erfüllung verlangen, beim „Stellgeschäft" (Schluß auf Geben und Nehmen) zwischen Empfang als Käufer oder Lieferung als Verkäufer wählen. Die „Prämiengeschäfte" empfangen ihre Besonderheit durch das dem einen oder anderen Teil gewährte Recht des Rücktritts gegen Zahlung eines Reugeldes, die nach Prozenten des Kaufpreises bemessene Prämie (Vorprämiengeschäft mit Reurecht des Käufers, Rückprämiengeschäft mit Reurecht des Verkäufers; Zweiprämiengeschäft eine spekulative Verbindung beider; zweischneidiges Prämiengeschäft ein Stellgeschäft mit Reurecht). Auf einer spekulativen Verbindung von zwei zwischen denselben Personen über dasselbe Effektenquantum geschlossenen Kaufgeschäften, von denen das eine Tageskauf (oder doch Kauf zum nächsten Ultimo), das andere Fixkauf mit späterem Termine ist, beruht das „Kostgeschäft" (Reportgeschäft). Ein Hoffnungskauf ist das „Heuergeschäft" (Promessengeschäft) über ein Lospapier.

Börsengeschäfte können reelle Geschäfte oder Differenzgeschäfte sein. Ein Differenzgeschäft liegt vor, wenn die bedungene Lieferung von Waren oder Wertpapieren nicht ernstlich gewollt, sondern nur die Ausgleichung des Unterschiedes zwischen dem Kaufpreise und dem Börsenpreise der Lieferungszeit durch Zahlung des verlierenden Teils an den gewinnenden Teil beabsichtigt ist. Das Geschäft ist reines Differenzgeschäft, wenn diese Absicht bei beiden Teilen besteht, gemischtes Differenzgeschäft, wenn sie zwar nur bei einem Teile besteht, der andere Teil aber darum weiß oder wissen muß. Das Differenzgeschäft ist seinem rechtlichen Wesen nach ein in die Form des Kaufes gekleideter Spielvertrag. Die deutsche Gerichtspraxis hat diese Auffassung, so stark sie bestritten wurde, mehr und mehr durchgeführt, das BGB. § 764 ihr gesetzliche Geltung verschafft. Demgemäß kann aus einem Differenzgeschäft nicht auf Erfüllung geklagt, das zur Erfüllung Geleistete aber nicht zurückgefordert werden. Dies gilt auch für Handelsgeschäfte mit Einschluß der Börsengeschäfte.

Allein einem Sonderrecht sind Börsenterminge schäfte unterworfen. Nach der Novelle v. 8. Mai 1908, die die ursprünglichen Bestimmungen des Börsengesetzes von Grund aus umgestaltet hat, ist ihre Wirksamkeit mannigfach abgestuft. Zum Teil sind sie unabhängig davon, ob sie reelle Geschäfte oder Differenzgeschäfte sind, voll wirksam, so daß der Spieleinwand ausgeschlossen ist. So verhält es sich bei nicht verbotenen Börsenterminggeschäften in zugelassenen Waren oder Wertpapieren, wenn beide Teile börsenterminggeschäftsfähig sind; in Wertpapieren auch dann, wenn nur ein Teil börsenterminggeschäftsfähig ist, der andere Teil aber in gehöriger Weise Sicherheit bestellt hat, jedoch unter Beschränkung der Haftung des letztern auf die bestellte Sicherheit; endlich stets, wenn die vereinbarte Leistung nach Eintritt der Fälligkeit von dem einen Teil an den anderen Teil mit dessen Einverständnis bewirkt ist. Zum Teil sind umgekehrt die Börsenterminggeschäfte unbedingt, auch wenn sie reell gemeint sind, dem Spielrecht unterstellt und somit nicht klagbar. Dies gilt für nicht verbotene Börsenterminggeschäfte insoweit, als sie nicht privilegiert sind, jedoch mit der Abschwächung, daß nicht nur das Geleistete nicht zurückgefordert, sondern auch mit dem klaglosen Anspruch gegen klagbare Forderungen aus anderen Börsenterminggeschäften aufgerechnet werden kann; es gilt ebenso für verbotene Börsenterminggeschäfte, für solche in Getreide oder Mühlenfabrikaten aber mit der Verschärfung, daß die Rückforderung zwei Jahre lang zulässig und erst nach Ablauf dieser Zeit ausgeschlossen ist. Endlich gibt es Börsenterminggeschäfte, die zwar an sich klagbar sind, jedoch, wenn sie Differenzgeschäfte sind, dem Spieleinwande unterliegen. Dahin gehören die klagbaren Börsenterminggeschäfte über nicht zugelassene Waren und Wertpapiere, jedoch mit Vorbehalt der Haftung bestellter Sicherheit und des Aufrechnungsrechtes; sodann die nicht verbotenen Börsenterminggeschäfte über Getreide und Mühlenfabrikate unter Produzenten und Händlern, bei denen aber wieder, wenn der Differenzeinwand durchgreift, die Rückforderung des Geleisteten zwei Jahre lang zulässig bleibt.

Literatur: Thöl, Der Verkehr in Staatspapieren, 1835. Grünhut b. Endemann III §§ 277—287. Hülsner, Die Börsengeschäfte in rechtlicher und volkswirtschaftlicher Beziehung, 1897. B. Mayer, Die Effektenbörse u. ihre Geschäfte, 1899. Saling, Börsenpapiere, T. I, II. Aufl. v. Schütze, 1908. — A. Wachtel, Prämien-, Stellage- und Nochgeschäfte, 1897. L. Kahn, Prolongation u. Reportgeschäft in juristischer Konstruktion, 1897. Adler, Z. f. HR. XXXV 419 ff. Ofner, ebenda XXXVII 438 ff. H. Müller, Reportgeschäfte, 1896. — Gareis, Klagbarkeit der Differenzgeschäfte, 1882. Wiener, Das Differenzgeschäft vom Standpunkt der jetzigen Rechtsprechung, 1893. Kohler, Über das Börsen-

spiel, 1894. Trumpler, Die Differenzgeschäfte des BGB. und das Börsengesetz, Z. f. HR. L 388 ff. Wittmaack, Das Differenzgeschäft im engl. R., Z. f. HR. LI 83 ff. G. Wermert, Über Wesen u. Bedeutung der Differenzgeschäfte, Annalen des D. Reichs 1903. — Riesser, Die handelsrechtl. Lieferungsgeschäfte, 1900. Mancka, Die Börsenjuristen und das Reichsgericht, 1900. G. Zadig, Der Terminhandel und seine Behandlung durch Rechtsprechung und Gesetzgebung, 1901. Adler, Z. f. HR. LXI 45 ff. Bernstein, ebenda LXII 137 ff. Nußbaum, ebenda LXIX 427 ff. — Komm. zum Börsengesetz v. 1908 von Rehm, Trumpler, Dove, Neukamp, Schmidt-Ernsthausen, Breit, 1909; von Axt, 5. Aufl. 1909; von Hemptenmacher, 2. Aufl. 1908. — K. Lehmann § 172—175. Gareis § 48—49. Cosack § 93—107.

§ 80. Geldgeschäfte. Die Geld- und Kreditgeschäfte bilden den Hauptinhalt des Bankiergewerbes und verdanken ihre eigenartige handelsrechtliche Ausgestaltung vor allem der seit dem Mittelalter vollzogenen und immer weiter vervollkommneten Organisation des Bankwesens, dem in diesem Werke eine besondere Darstellung gewidmet ist.

Die Geldgeschäfte lassen sich in die Geschäfte des Geldhandels und die Zahlungsgeschäfte einteilen. Für die ersteren gelten die Regeln des Handelskaufes. Die Zahlung wird im Handel mannigfach erleichtert. Insbesondere wird die Barzahlung vielfach durch Hingabe an Zahlungs Statt, wobei als Zahlungsmittel namentlich die Wertpapiere verwendet werden, ersetzt, die direkte Zahlung durch Einziehungsauftrag (Inkassomandat) oder Zahlungsauftrag oder Anweisung umgangen und die effektive Zahlung durch Verrechnung vermieden. Da von der Rolle, die der Wechsel als kaufmännisches Zahlungsmittel spielt, im Wechselrecht zu handeln ist, sind hier nur die besonderen Formen der kaufmännischen Anweisung, der Giroverkehr und die Verrechnung zu besprechen.

1. Kaufmännische Anweisung. Die schriftliche Anweisung auf Geld und andere vertretbare Sachen richtet sich, da die im Anschluß an die Wechselordnung ergangenen landesgesetzlichen Bestimmungen über kaufmännische Anweisungen (z. B. preuß. EG. zur WO. § 9, sächs. G. v. 7. Juni 1849, weimar. v. 13. Juli 1849, bayr. v. 29. Juni 1851) aufgehoben sind (EG. zum HGB. Art. 21), auch dann, wenn der Angewiesene ein Kaufmann ist, nach bürgerlichem Recht (BGB. §§ 783—792).

Nur die kaufmännische Anweisung aber ist als Orderanweisung möglich (oben § 70 Z. 1 b). Für die kaufmännische Orderanweisung gelten die handelsrechtlichen Vorschriften über Orderpapiere. Im übrigen untersteht auch sie dem bürgerlichen Recht. Auch sie begründet keine Verpflichtung des Anweisenden. Auch ihre Hingabe an den Anweisungsempfänger ist im Zweifel keine Hingabe an Zahlungs Statt, sondern nur eine zahlungshalber erteilte papiergemäße Ermächtigung, Zahlung zu empfangen. Auch durch sie wird der Angewiesene dem Anweisenden gegenüber nicht verpflichtet, sondern nur papiergemäß ermächtigt, für dessen Rechnung zu zahlen, mithin, wenn er Schuldner ist, durch Zahlung befreit. Auch aus ihr entsteht durch schriftliches Akzept auf dem Papier eine skripturrechtliche Verpflichtung des Angewiesenen gegenüber dem Anweisungsempfänger, hier aber zugleich gegenüber jedem legitimierten Indossatar.

Eine besondere Form der kaufmännischen Anweisung ist der Scheck (Bankanweisung). Der Scheck, dessen eigentliche Aufgabe sich in der Funktion als Zahlungsmittel erschöpft, ist eine kurzfristige, auf Sicht lautende, nicht annahmefähige Anweisung zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus einem Bankguthaben des Ausstellers. Seit der reichsrechtlichen Regelung durch das Scheckgesetz v. 11. März 1908 ist er formalisiert und einem Sonderrecht unterworfen. Da dieses sich an das Recht des gezogenen Wechsels anlehnt, wird das Scheckrecht in Verbindung mit dem Wechselrecht behandelt (unten zu 2).

Eine kaufmännische Anweisung ist ferner der Kreditbrief (Accreditiv). Durch den Kreditbrief weist der Aussteller (gewöhnlich ein Bankier) den Adressaten (gewöhnlich einen auswärtigen Bankier) an, dem benannten Empfänger bei Vorzeigung des Briefes Geld bis zu einem angegebenen Höchstbetrage zu zahlen. Üblich ist eine besondere Benachrichtigung des Adressaten (Avis) unter Mitsendung einer Probe der Unterschrift des Empfängers. Akzept ist möglich (RGer. XXXIV Nr. 8). Die Zahlung erfolgt stets für Rechnung des Ausstellers. Dadurch unterscheidet sich der Kreditbrief vom Kreditauftrage, bei dem der Beauftragte für eigene Rechnung, jedoch auf Gefahr des Ausstellers zahlen soll (oben § 75 Z. 1).

2. Giroverkehr. Schon seit dem Mittelalter ist durch Girobanken eine Zahlung mittelst Ab- und Zuschreibung in den Bankbüchern ausgebildet. Zugrunde liegen Giroverträge zwischen der Bank und den einzelnen Kunden, die am Giroverkehr teilnehmen wollen. Der Kunde muß eine Geldeinlage machen und erwirbt damit als „Girokonto" eine stets fällige, in ihrer Höhe durch Zu- und Abschreibungen wechselnde Buchforderung gegen die Bank. Die Bank verpflichtet sich, auf Verlangen Geldbeträge von dem Girokonto des einen Kunden abzuschreiben und dem Girokonto eines anderen Kunden zuzuschreiben. Der Antrag des Girozahlers (bei der Reichsbank als sog. „roter Scheck", der aber kein Scheck im Rechtssinne ist) genügt. Die so bewirkte Girozahlung, obschon an sich nur Verschiebung der Geldforderungen gegen die Bank, steht der Barzahlung gleich.

3. Verrechnung. Im Handelsverkehr ist nicht nur die Aufrechnung zwischen Kaufleuten durch die Form der Ab- und Zuschreibung bei den beiderseitigen Buchkonten erleichtert, sondern auch die Ausgleichung von Forderungen unter einer größeren Zahl von Personen durch Verrechnung als „Skontration" (Zahlung mit geschlossenem Beutel) ausgebildet. Die Skontration beruht ungleich der Aufrechnung auf freiem Willen der Beteiligten. Denn sie setzt einen Forderungstausch voraus. Allein es kann ein bindender Vertrag unter vielen geschlossen werden, miteinander zu skontrieren. Der berühmteste Skontroverband ist das Londoner Clearing-house. Nach seinem Vorbilde sind auch in Deutschland „Abrechnungsstellen" gegründet (in Berlin 1883). Auch bestehen an den Börsen Skontroverbände für die Ultimoliquidation.

Literatur: Zum Scheckrecht bei diesem. — Über den Kreditbrief G. Cohn b. Endemann III § 453. Goldschmidt, System § 112. K. Lehmann § 188. Gareis § 67. Cosack § 79. — Über Giroverkehr und Skontration G. Cohn a. a. O. § 446 ff. Koch, Busch Arch. XXXVII 85 ff., Z. f. HR. XXIX 59 ff. Goldschmidt, Syst. § 118. Brodmann, Z. f. HR. XLVIII 121 ff. Trumpler, ebenda L 434 ff. F. Hoffmann, ebenda LXV 337 ff. Teschemacher, ebenda LXVII 401 ff. J. Breit, ebenda S. 507 ff. Hanausek, Der Scheck im Giroverkehr der österr.-ungar. Bank, 1889. W. Späing, Der Giroverkehr der deutsch. Reichsbank, 1906. K. Lehmann § 185—186. Gareis § 68. Cosack § 80—81.

§ 81. Kreditgeschäfte. Kreditgeschäfte haben die Gewährung oder Zusage von Kredit gegen Vergütung zum Gegenstande. Als Hauptgeschäfte des Bankiergewerbes umfassen sie auch Geschäfte, deren nächster Zweck Aufbewahrung ist. Zu den Kreditgeschäften gehört das kaufmännische Darlehen, das seit dem Wegfall der Zinstaxen keine Besonderheit mehr hat. Von Bürgschaft und Kreditauftrag war schon die Rede. Die Verwendung des Wechsels zu Kreditoperationen gehört ins Wechselrecht.

1. Öffentliche Anleihe. Die Darlehnsaufnahme mittelst öffentlicher Anleihe, wie sie Staaten, Gemeinden und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts, aber auch Aktiengesellschaften (oben § 54) und Einzelpersonen vornehmen, untersteht als solche nicht dem Handelsrecht. Es macht keinen Unterschied, ob der Anleiheschuldner Kaufmann ist oder nicht. Der Darlehnsvertrag wird hier durch Begebung (Emission) von Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber (seltener von Rekta- oder Orderpapieren) gegen Zahlung des als „Emissionskurs" auf den Nennbetrag (al pari) oder höher (über pari) oder niedriger (unter pari) festgesetzten Preises geschlossen. Zur Emission von Anleihepapieren auf den Inhaber oder auch nur von Zinsscheinen auf den Inhaber ist, wenn nicht das Reich oder ein deutscher Staat sie ausgibt, staatliche Genehmigung erforderlich (BGB. § 795). Die näheren Bedingungen des Schuldverhältnisses regelt der „Prospekt". Oft wird das Kündigungsrecht des Gläubigers ganz ausgeschlossen, das Kündigungsrecht des Schuldners in bestimmter Weise festgelegt (allgemeine Kündigung behufs Ablösung oder Konvertierung; planmäßige Tilgung durch jährliche Auslosung einer bestimmten Zahl von Stücken). Die Rückzahlung erfolgt zum Nennwert, mitunter aber mit einem Zuschlage (z. B. 110 für 100). Bei Prämienanleihen, deren Ausgabe jedoch seit dem RG. v. 8. Juni 1871 nur mit besonderer (bisher nie gewährter) Gestattung durch Reichsgesetz zulässig ist, wird auf einzelne, durch das Los bestimmte Stücke ein Spielgewinn zugezahlt; die Gewinnchance bildet hier statt Zinsen oder neben Zinsen den Kreditpreis. Auch das Verhältnis der Teilgläubiger zueinander, insbesondere die gesetzliche Gläubigergemeinschaft nach RGes. v. 4. Dez. 1899, liegt außerhalb des Handelsrechts.

Handelsrechtlicher Natur ist aber das Emissionsgeschäft, das in der Vermittlung der Emission einer öffentlichen Anleihe durch einen Bankier oder ein Bankkonsortium (Syndikat) besteht. Der Bankier, der die Unterbringung der auszugebenden Papiere beim Publikum (Veröffentlichung des Prospekts, Einladung zur Subskription, Entgegennahme der Zeichnungen, Zuteilung der Stücke und Begebung gegen Preiszahlung) übernimmt, emittiert entweder für Rechnung des Anleiheschuldners gegen prozentuale Provision zum vereinbarten Kurse oder für eigne Rechnung gegen Zahlung eines Gesamtpreises an den Anleiheschuldner zu dem von ihm selbst bestimmten Kurse. Auch im ersten Falle kontrahiert er meist in eignem Namen mit den ersten Nehmern, denen er dann vertragsmäßig haftet. Späteren Nehmern haftet er nur aus unerlaubter Handlung. — Das Emissionsgeschäft kommt in ähnlicher Weise auch bei der Ausgabe von Aktien vor.

Handelsrechtlich geregelt sind ferner die Zulassung emittierter Papiere zum Börsenhandel und die besondere Haftung aus Einführung an der Börse (oben § 76).

2. Zettelgeschäft. Das Zettelgeschäft besteht in der Ausgabe unverzinslicher, auf Sicht lautender Schuldverschreibungen auf den Inhaber (Banknoten), die als Geldzeichen umlaufen sollen. Es darf nur auf Grund eines staatlichen Privilegs von der Reichsbank und den Privatnotenbanken betrieben werden. Die Notenbanken sind gesetzlichen Beschränkungen unterworfen, die darauf abzielen, die stete Einlösbarkeit auf Grund vorhandener Deckung (ein Drittel bar) sicherzustellen. Durch die Bankgesetznovelle v. 1. Juni 1909 sind die Noten der Reichsbank v. 1. Juni 1909 zum gesetzlichen Zahlungsmittel erhoben. Im übrigen sind Banknoten gleich Reichskassenscheinen ein freies Zahlungsmittel. Es besteht keine Verpflichtung, sie als Geld anzunehmen. Werden sie aber genommen, so liegt Zahlung, nicht bloß Hingabe an Zahlungsstatt vor.

3. Depositengeschäft. Das Depositengeschäft besteht in der Hinterlegung von Geld mit der Abrede, daß die Rückforderung jederzeit oder doch (bei größeren Summen) nach kurzfristiger Kündigung erfolgen kann, inzwischen aber ein niedriger Zins (Depositenzins) zu zahlen ist. Es wird von Bankiers betrieben, um die eingezahlten Gelder mit höherem Ertrage für sich nutzbar zu machen, während die Hinterleger stets verfügbares und doch nicht ganz nutzlos daliegendes Geld haben wollen. Seiner rechtlichen Natur nach ist es, da das Eigentum am Gelde auf den Bankier übergeht, ein unregelmäßiger Verwahrungsvertrag (BGB. § 700).

4. Verschlossenes Depot. Die im Bankgewerbe vorkommende entgeltliche Übernahme der Aufbewahrung verschlossen übergebener Wertpapiere oder anderer Wertsachen ist ein regelmäßiger Verwahrungsvertrag. Hieran ändert es auch nichts, wenn dem Hinterleger ein besonderes, unter seinem Mitverschluß befindliches und ihm in den Geschäftsstunden stets zugängliches Tresorfach eingeräumt wird. Doch wird hierüber gestritten, indem manche Sachmiete oder doch ein mit Sachmiete gemischtes Geschäft annehmen.

5. Offenes Depot. Das offene Depot ist die Übernahme der Aufbewahrung unverschlossener Wertpapiere, regelmäßig verbunden mit der Übernahme der Besorgung der erforderlichen Verwaltungsgeschäfte (Realisierung von Zins-, Gewinnanteil- und Erneuerungsscheinen, Kontrolle von Kündigungen, Auslosungen und Aufgeboten, Umtausch, Kapitaleinziehung usw.). Der Hinterleger erhält gewöhnlich einen Depotschein (kein Wertpapier). Die Vergütung besteht in prozentualen Depotgebühren. Wenn ein Vollkaufmann (Bankier oder anderer Kaufmann) im Betriebe seines Handelsgewerbes Wertpapiere unverschlossen in Verwahrung nimmt, gelten nach dem zur Verhütung von Mißbräuchen ergangenen Depotgesetz (RGes. v. 5. Juli 1896) besondere Rechtssätze.

Das Geschäft ist an sich ein regelmäßiger Verwahrungsvertrag. Der Hinterleger bleibt Eigentümer; der Verwahrer darf über die Papiere nicht zu eignem Nutzen verfügen und muß dieselben Stücke zurückgeben. Nach dem Depotgesetz hat er die besondere Verpflichtung, die Papiere jedes Hinterlegers gesondert mit erkennbarer Bezeichnung aufzubewahren und sie in ein besonderes Handelsbuch oder ein darin gehörig in bezug genommenes Verzeichnis einzutragen (§ 1). Wenn ein Bankier oder anderer Vollkaufmann als Kommissionär für Rechnung eines Kommittenten Wertpapiere einkauft, die nicht alsbald ausgeliefert oder wiederverkauft werden sollen, oder den Umtausch von Papieren oder die Geltendmachung

von Bezugsrechten besorgt, gilt deren Übernahme in offenes Depot als vereinbart; der Kommissionär hat dem Kommittenten beim Einkaufe binnen drei Tagen, bei Umtausch oder Bezug binnen zwei Wochen ein gehöriges Stückeverzeichnis über die für ihn erworbenen Papiere zu übersenden; unterläßt er dies, so kann der Kommittent im Falle der Einkaufskommission nach vergeblicher Aufforderung zur Nachholung binnen weiteren drei Tagen das Geschäft zurückweisen und Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern, in den anderen Fällen die Provision verweigern; mit der Absendung des Stückeverzeichnisses geht spätestens das Eigentum an den Papieren, soweit der Kommissionär über sie zu verfügen befugt ist, auf den Kommittenten über, der Kommissionär aber hat die Pflichten eines Depotverwahrers (§§ 3—7). Endlich ist jeder Bankier oder sonstige Vollkaufmann, wenn er im Betriebe seines Handelsgewerbes fremde Wertpapiere einem Dritten behufs Aufbewahrung, Veräußerung, Umtausch oder Bezug ausantwortet, zur Mitteilung, daß es fremde Papiere sind, und, wenn er einen Auftrag zur Anschaffung für fremde Rechnung weitergibt, zur Mitteilung, daß dies für fremde Rechnung geschieht, verpflichtet; die Mitteilung bewirkt, daß der Dritte an den übergebenen oder neu beschafften Stücken ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht nur wegen solcher Forderungen geltendmachen kann, die mit Bezug auf die Papiere entstanden sind (§ 8). Alle diese Verpflichtungen verschärft ein Sonderstrafrecht (§§ 9—12).

Möglich ist, wenn es sich um vertretbare Wertpapiere handelt, ein offenes Depot in Gestalt eines *unregelmäßigen Verwahrungsvertrages*. Es kann von vornherein Eigentumsübergang und Rückgabe einer gleichen Zahl von Papieren gleicher Art vereinbart sein. Auch kann der Verwahrer ermächtigt werden, über die Stücke zu eignem Nutzen zu verfügen und so durch Aneignung das depositum regulare in ein depositum irregulare umzuwandeln. Jede derartige Vereinbarung muß nach bürgerlichem Recht ausdrücklich getroffen werden (BGB. § 700). Nach dem Depotgesetz aber fordert sie zu ihrer Gültigkeit, falls nicht der Hinterleger selbst Bankier oder Geldwechsler ist, ausdrückliche und schriftliche Erklärung des Hinterlegers für jedes einzelne Geschäft (§ 2). Gleiches gilt für den Verzicht des Kommittenten auf Übersendung des Stückeverzeichnisses bei der Einkaufskommission (§ 3 Abs. 2).

In derselben Weise erschwert ist die Vereinbarung eines *Sammeldepots*, bei dem die von mehreren hinterlegten Wertpapiere derartig vermischt werden, daß an der Gesamtmenge den Hinterlegern ein Miteigentum nach Bruchteilen zusteht.

6. *Lombardgeschäft*. Das Lombardgeschäft ist ein den im Bankiergewerbe üblichen Handelsgebräuchen entsprechendes, durch Faustpfand an geeigneten Wertpapieren, Edelmetallen oder Waren gesichertes (verzinsliches und spätestens nach drei Monaten rückzahlbares) Darlehen. Man spricht auch hier von einem „Depot". Das Lombardgeschäft mit Wertpapieren fällt unter das Depotgesetz (§ 1). Daher gelten auch die gleichen Erschwerungen für die Vereinbarung eines uneigentlichen Lombardgeschäfts mit Eigentumsübergang an den als Pfand hinterlegten Papieren (RGer. XXI Nr. 7).

7. *Krediteröffnung*. Durch den Krediteröffnungsvertrag verpflichtet sich der Krediteröffner (meist ein Bankier), dem Akkreditierten innerhalb der Grenzen des eingeräumten „offenen Kredits" auf Verlangen in jeder gewünschten Form (Darlehen, Auslage, Vorschuß, Honorierung von Wechseln und Anweisungen) Kredit zu gewähren. Der Akkreditierte muß für die Bereitstellung des Kredits Provision und für die Gewährung Zinsen zahlen, die etwa bedungene Deckung besorgen und die entnommenen Werte zurückerstatten (revalieren).

8. *Kontokorrentvertrag*. Kontokorrent (laufende Rechnung) ist eine zwischen zwei in Geschäftsverbindung stehenden Personen geführte Rechnung, bei der die aus der Verbindung entstehenden gegenseitigen Forderungen nebst Zinsen einander gegenübergestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des sich für einen Teil ergebenden Überschusses (Saldo) ausgeglichen werden. Durch den Kontokorrentvertrag wird die laufende Rechnung zu einem eigenartigen Rechtsverhältnis erhoben (RGer. XXII Nr. 28). Es fällt unter das Handelsrecht, wenn auch nur ein Teil Kaufmann ist, wie dies namentlich bei den Kontokorrentverhältnissen zwischen den Bankiers und ihren Kunden vorkommt. Die Rechnungsperiode beträgt im Zweifel ein Jahr (§ 355 Abs. 2), bei den Bankiers meist ein halbes

Jahr. Doch kann im Zweifel das Kontokorrent jederzeit behufs sofortiger Auszahlung gekündigt werden (§ 355 Abs. 3).

Am Schlusse der Rechnungsperiode wird ein Abrechnungsgeschäft geschlossen, indem der eine Teil die Rechnung aufmacht und den Saldo zieht, der andere das Ergebnis anerkennt (möglicherweise durch bloßes Schweigen, Seuff. LXII Nr. 95). Wird der Abrechnungsantrag abgelehnt, so ist auch der Antragende an seine Aufstellung nicht gebunden.

Die Wirkung des Rechnungsabschlusses ist, daß an Stelle aller verrechneten Einzelforderungen die Saldoforderung tritt; sie ist eine neue Forderung aus eigenem Schuldgrunde und bildet die Grundlage der ferneren laufenden Rechnung. Die Einzelforderungen gehen in ihr unter (auch der frühere Saldo, RGer. XVIII Nr. 50, Seuff. XL Nr. 129). Ihre besonderen Eigenschaften gehen auf die Saldoforderung nicht über. Darum wird der Saldo, wenn er auch Zinsen enthält, sofort verzinst (§ 355 Abs. 1). Ist eine Wechselforderung aufgenommen (oft sind Forderungen aus Wechseln und anderen Wertpapieren ausgeschlossen), so geht ihr wechselrechtlicher Charakter verloren (RGer. III Nr. 18). Hiernach müßte auch, wenn eine durch Pfand, Bürgschaft oder sonst besonders gesicherte Forderung (was oft ausgeschlossen ist) aufgenommen wird, die Sicherung für den Saldo wegfallen (RGer. X Nr. 14). Nach positiver Vorschrift kann aber der Gläubiger insoweit, als sein Guthaben sich mit der gesicherten Forderung deckt, nach wie vor sich aus der Sicherheit befriedigen (§ 356 Abs. 1). In demselben Umfange kann er auch noch einen für eine verrechnete Forderung mithaftenden Gesamtschuldner in Anspruch nehmen (§ 356 Abs. 2).

Der Gläubiger eines Teils kann dessen Guthaben aus laufender Rechnung mit der Wirkung pfänden, daß ihm gegenüber Schuldposten, die nach der Pfändung durch neue Geschäfte entstehen, nicht mehr in Rechnung gestellt werden können (§ 357).

Literatur: G. Cohn b. Endemann III §§ 426—433, 439—443. Grünhut, ebenda §§ 434—438. K. Lehmann § 179—184. Gareis § 65—67. Cosack §§ 82—90, 160. — Lotz, Technik des Emissionsgeschäfts, 1890. Kahlke, Über die rechtliche Natur der öffentlichen Anleihe und des Anleiheemissionsgeschäftes, 1897. H. V. Simon, Die namenlosen Zinsscheine der Orderpapiere, 1903. — A. Neumann-Hofer, Depositengeschäft und Depositenbanken, 1894. Wettstein, Das Kassenschrankfachgeschäft, 1903. Schweyer, Die Bankdepotgeschäfte in geschäftlicher, wirtschaftlicher und rechtlicher Beziehung, 1899. P. Adler, Die Bankdepotgeschäfte nach ihrer zivilrechtl. Seite, 1905. Komm. zum Depotgesetz von Lusensky (2. Aufl. 1905), Rießer (2. Aufl. 1906), v. Pechmann (1897), Apt (1896), Kunreuther (1906). — J. Creizenach, Z. f. HR. VII 88 ff.: Das kaufmänn. Kontokorrent, 1873. J. A. Levy, Der Kontokorrentvertrag, deutsch von Rießer, 1884. J. Greber, Das Kontokorrentverhältnis, 1893. Kemmer, Kontokorrentverkehr, 1897. F. Theusner, Die rechtliche Natur des Kontokorrentvertrages, 1901. J. Mohr, Der Kontokorrentverkehr, 1902.

§ 82. Kommissionsgeschäft.

1. Begriff. Kommissionsgeschäft ist ein Geschäft, das jemand in eignem Namen für Rechnung eines Auftraggebers abschließt. Die wichtigsten Arten des Kommissionsgeschäftes sind die Einkaufs- und Verkaufskommission. Nur der gewerbsmäßige Betrieb der Einkaufs- oder Verkaufskommission in bezug auf Waren oder Wertpapiere macht zum Kommissionär (§ 383). Dabei ist der Begriff des Kaufes im Sinne des Handelskaufes erweitert (§ 406 Abs. 2). Die handelsrechtlichen Vorschriften über das Kommissionsgeschäft gelten aber auch, wenn ein Kommissionär Kommissionsgeschäfte anderer Art oder ein anderer Kaufmann irgend ein Kommissionsgeschäft im Betriebe seines Handelsgewerbes schließt (§ 406 Abs. 1).

2. Verhältnis zu Dritten. Der Kommissionär schließt das Kommissionsgeschäft in eigenem Namen (als sog. „indirekter Stellvertreter") ab, wird daher Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet. Er wird Gläubiger und Schuldner. Eine von ihm für Rechnung des Kommittenten erworbene Forderung kann dieser erst nach erfolgter Abtretung gegen den Dritten geltend machen; doch gilt die Forderung im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern schon vor der Abtretung als Forderung des Kommittenten, dem daher im Konkurse des Kommissionärs ein Aussonderungsrecht zusteht (§ 392). Ebenso erwirbt der Kommissionär das Eigentum an dem für Rechnung des Kommittenten angeschafften Kommissionsgut; bis zur Übertragung des Eigentums durch Übergabe oder constitutum possessorium ist auch für die Gläubiger des Kommissionärs ein ding-

liches Recht des Kommittenten nicht vorhanden; gerade deshalb hat das Depotgesetz, wie oben gezeigt ist, dem Kommissionär die alsbaldige Übereignung angeschaffter Wertpapiere zur Pflicht gemacht und die Umwandlung des Eigenbesitzes in Verwahrungsbesitz erleichtert.

3. Verhältnis zwischen Kommissionär und Kommittenten. Im Sinne des geltenden Rechts liegt, weil der Kommissionär Entgelt empfängt, kein Auftrag, sondern ein Werkvertrag vor, bei dem indes, weil es sich um Geschäftsbesorgung handelt, einzelne Vorschriften über den Auftrag Anwendung finden (BGB. § 675). Das Handelsrecht schreibt aber dem Kommissionär besondere Pflichten und Rechte zu.

4. Pflichten des Kommissionärs.

a) Geschäftsausführung. Der Kommissionär hat das übernommene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes unter Wahrung der Interessen und Befolgung der Weisungen des Kommittenten auszuführen, diesem die Ausführung unverzüglich anzuzeigen und sonst erforderliche Nachrichten zu geben, ihm Rechenschaft abzulegen und ihm das Erlangte herauszugeben (§ 384 Abs. 1—2). Abweichungen von der Weisung, soweit sie nicht im eigenen Interesse des Kommittenten durchaus erforderlich waren, berechtigen diesen, Schadensersatz zu verlangen und das Geschäft zurückzuweisen. Besteht aber die Abweichung darin, daß der Kommissionär unter dem gesetzten Preise verkauft oder die für den Einkauf gesetzte Preisgrenze überschritten hat, so muß der Kommittent, falls er das Geschäft zurückweisen will, dies unverzüglich auf die Ausführungsanzeige erklären, widrigenfalls die Abweichung als genehmigt gilt; und er kann das Geschäft überhaupt nicht zurückweisen, wenn der Kommissionär sich zugleich mit der Anzeige zur Deckung des Preisunterschiedes erbietet; doch behält er den Anspruch auf Ersatz eines (z. B. durch Einwirkung auf den Markt- oder Börsenpreis) ihm zugefügten größeren Schadens (§ 386). Schließt der Kommissionär zu vorteilhafteren als den gesetzten Bedingungen ab, verkauft er insbesondere teurer oder kauft er billiger ein, so kommt dies dem Kommittenten zustatten (§ 387).

b) Sorge für das Kommissionsgut. Der Kommissionär hat, wenn ihm das Kommissionsgut in ersichtlich beschädigtem oder mangelhaftem Zustande zugeht, die Rechte des Kommittenten gegen den Frachtführer oder Schiffer zu wahren, für den Beweis zu sorgen und den Kommittenten unverzüglich zu benachrichtigen (§ 388 Abs. 1). Er muß ferner das Gut gehörig aufbewahren und ist für den Verlust und die Beschädigung des in seiner Verwahrung befindlichen Gutes verantwortlich, wenn er nicht nachweist, daß die verursachenden Umstände durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht abgewendet werden konnten; zu versichern braucht er nur auf Grund besonderer Weisung (§ 390).

Der Kommissionär kann sich aber, wenn der Kommittent, obwohl nach Lage der Sache dazu verpflichtet, über das Gut zu verfügen unterläßt, durch Hinterlegung oder Selbsthilfeverkauf von der Aufbewahrung befreien (§ 389). Zum Selbsthilfeverkauf kann er auch schreiten, wenn das Gut dem Verderben ausgesetzt oder infolge späterer Veränderung mit Entwertung bedroht ist und es entweder an Zeit zur Befragung des Kommittenten mangelt oder der Kommittent mit Erteilung einer Verfügung säumig ist (§ 388 Abs. 2). Endlich wird bei der Einkaufskommission, falls sie auch auf seiten des Kommittenten Handelsgeschäft ist, die Verantwortlichkeit des Kommissionärs für Mängel des Gutes dadurch ermäßigt, daß der Kommittent ihm gegenüber hinsichtlich des abgelieferten Gutes die gleiche Prüfungs- und Rügepflicht und im Falle der Beanstandung die gleiche Aufbewahrungspflicht wie der Käufer bei beiderseitigem Handelskaufe hat; nur verliert der Kommittent durch Verspätung der Mängelanzeige nicht das Recht auf Abtretung der Rechte des Kommissionärs gegen den dritten Verkäufer (§ 391).

c) Kreditein stand. Der Kommissionär haftet an sich nur für sorgfältige Auswahl des Dritten, mit dem er für Rechnung des Kommittenten abschließt, nicht für gehörige Erfüllung. Doch haftet er stets für die Erfüllung, wenn er nicht zugleich mit der Ausführungsanzeige den Dritten namhaft macht (§ 384 Abs. 3). Er muß ferner für Erfüllung insoweit einstehen, als dies von ihm übernommen oder am Orte seiner Niederlassung handelsgebräuchlich ist, kann dann aber eine besondere Delkredereprovision beanspruchen (§ 394). Weiter kreditiert er, wenn er dem Dritten Kredit gewährt, ohne durch Weisung oder Handelsgebrauch dazu ermächtigt zu sein, auf eigne Gefahr; bei der Verkaufskommission muß er den unbefugt ge

stundeten Kaufpreis sofort als Schuldner zahlen, jedoch mit Abzug dessen, was bei Barverkauf innerhalb der Preisgrenze weniger zu erzielen gewesen wäre (§ 393). Endlich muß er, wenn er als Einkaufskommissionär einen Wechsel indossiert, ihn regelmäßig und ohne Vorbehalt indossieren, also die Wechselschuld mitübernehmen (§ 395).

5. Rechte des Kommissionärs. Der Kommissionär hat Anspruch auf die bedungene oder übliche Provision. Die Provision ist erst verdient, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist; kommt es nicht zur Ausführung, so kann der Kommissionär, wenn dies dem Ortsgebrauch entspricht, eine Auslieferungsprovision (meist die Hälfte) fordern; unterbleibt die Ausführung lediglich aus einem in der Person des Kommittenten liegenden Grunde, so hat der Kommissionär einen gesetzlichen Anspruch auf die volle Provision (§ 396 Abs. 1). Außer der Provision kann der Kommissionär Ersatz für seine Aufwendungen einschließlich der Vergütung für die Benutzung eigener Lagerräume und Beförderungsmittel verlangen (§ 396 Abs. 2).

Der Kommissionär hat am Kommissionsgute, sofern er es im Besitz hat, ein gesetzliches Pfandrecht wegen der Provision und der Kosten, der auf das Gut geleisteten Vorschüsse und Darlehen, der mit Rücksicht auf das Gut eingegangenen Verbindlichkeiten und aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften (§ 397). Im Besitz hat er das Gut namentlich auch, wenn er mittels eines Warenpapiers (oben § 70 a. E.) über dasselbe verfügen kann. Steht das Gut in seinem Eigentum, so hat er zwar kein Pfandrecht, kann sich aber aus dem Gut nach Pfandrechtsregeln befriedigen (§ 398). Ebenso kann er aus den für Rechnung des Kommittenten erworbenen Forderungen sich vor dem Kommittenten und dessen Gläubigern befriedigen (§ 399).

6. Selbsteintritt. In der Kommission zum Einkauf oder Verkauf von Waren oder Wertpapieren mit Markt- oder Börsenpreis — bei Wertpapieren jedoch nur, wenn eine amtliche Preisfeststellung stattfindet — liegt die Ermächtigung des Kommissionärs zum Selbsteintritt. Der Kommissionär kann daher, wenn der Kommittent nicht ein anderes bestimmt hat, die Kommission dadurch ausführen, daß er selbst als Verkäufer liefert oder als Käufer übernimmt (§ 400 Abs. 1). Da die Regelung dieses Selbsteintrittsrechtes, das tatsächlich fast immer ausgeübt war, durch Art. 376 des alten HGB. sich als unzureichend erwies, ersetzte ihn das Börsengesetz durch neue Bestimmungen (§§ 70—74), die ziemlich unverändert in das neue HGB. übergegangen und daher im Börsengesetz gestrichen sind.

Die Ausübung des Selbsteintrittsrechts muß durch eine ausdrückliche Erklärung des Kommissionärs erfolgen, die spätestens mit der Ausführungsanzeige abzugeben ist; eine Ausführungsanzeige ohne solche Erklärung gilt als Mitteilung, daß der Abschluß mit einem Dritten erfolgt sei; jede Vereinbarung, die eine spätere Entscheidung des Kommissionärs zuläßt, ist nichtig (§ 405 Abs. 1—2). Geht dem Kommissionär ein Widerruf des Kommittenten zu, bevor er die Ausführungsanzeige zur Absendung abgegeben hat, so kann er zwar noch den bereits erfolgten Abschluß mit einem Dritten geltend machen, das Selbsteintrittsrecht aber nicht mehr ausüben (§ 405 Abs. 3).

Die Wirkung des Selbsteintritts ist, daß der Kommissionär dem Kommittenten als Verkäufer oder Käufer gegenübertritt, gerade dies aber als Ausführung der Kommission gilt. Abweichende Konstruktionsversuche, die entweder reine Kommission annahmen, indem sie einen Kaufvertrag des Kommissionärs mit sich selbst erdichteten, oder ein reines Kaufgeschäft auf Grund einer Eventualofferte oder einer Alternativobligation oder eines bedingten Vertrages zustande kommen ließen, das an Stelle der Kommission träte, sind jetzt schon durch den Wortlaut des Gesetzes ausgeschlossen. Demgemäß kann der Kommissionär den zur Zeit der Ausführung bestehenden Markt- oder Börsenpreis in Rechnung stellen, gleichwohl aber Provision und die bei Kommissionsgeschäften gewöhnlichen Unkosten (z. B. Courtage, Porto) berechnen und die pfandrechtliche Sicherung geltend machen (§§ 403—404). Für die Preisberechnung gelten vertragsmäßig unabänderliche Regeln zum Schutze des Kommittenten gegen Übervorteilung (§§ 400—402). Als Zeit der Ausführung gilt der Zeitpunkt, in dem die Ausführungsanzeige zur Absendung abgegeben ist. Geschieht dies bei einer während der Börsen- oder Marktzeit auszuführenden Kommission erst nach Schluß der Börse oder des Marktes, so darf kein ungünstigerer Preis als der Schlußpreis berechnet werden. Ist Ausführung zu einem bestimmten Kurse aufgegeben,

so ist dieser maßgebend (z. B. „erster Kurs", „Mittelkurs", „Schlußkurs"). Soweit amtliche Preisfeststellung stattfindet, darf nie ein ungünstigerer Preis als der amtlich festgestellte berechnet werden. Auch innerhalb dieser Grenzen darf der Kommissionär keinen „Kursschnitt" machen, muß vielmehr, wenn er bei pflichtmäßiger Sorgfalt die Kommission zu einem günstigeren Preise ausführen konnte, diesen berechnen und darf namentlich, wenn er aus Anlaß der Kommission an der Börse oder am Markte ein Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen hat, keinen ungünstigeren als den hierbei vereinbarten Preis zugrunde legen.

Literatur: Grünhut, Das Recht des Kommissionshandels, 1874; b. Endemann III §§ 312 ff. v. Hahn, Z. f. HR. XXIX 1 ff. H. Jacoby, Das Recht der Bank- und Warenkommission, 1891. S. Levin, Das Kommissionsgeschäft im Hansagebiet, 1897. A. Endemann, Das Börsenkommissionsgeschäf im Effektenhandel, 1890. — E. Jung, Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf, 1890. A. Langen, Eigentumserwerb und Verlust bei KG., 1900. Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt, 1905. — R. Lepa, Die Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs, 1883. P. Abraham, Über den Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahent, 1884. Schaps, Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs, 1887. Eschenbach, Z. f. HR. XLI 1 ff. Salmann, ebenda S. 377 ff. Sieveking, ebenda XLIV 1 ff. J. Breit, Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs, 1899. — K. Lehmann § 189—194. Gareis §§ 51. Cosack §§ 46—50.

§ 83. Speditionsgeschäft.

1. Begriff. Speditionsgeschäft ist die entgeltliche Besorgung von Güterversendung in eigenem Namen für fremde Rechnung. Wer gewerbsmäßig eine derartige Besorgung von Güterversendungen durch Frachtführer oder Verfrachter übernimmt, ist Spediteur und damit Kaufmann (§ 407 Abs. 1). Die handelsrechtlichen Regeln gelten aber auch für gelegentliche Speditionsgeschäfte eines anderen Kaufmanns (§ 415). Das Speditionsgeschäft ist eine Unterart des Kommissionsgeschäfts; es unterscheidet sich von der bloßen Vermittlung von Frachtgeschäften (Frachtmäkelei) wie von der Übernahme der Ausführung der Güterbeförderung (Frachtgeschäft).

2. Pflichten des Spediteurs. Der Spediteur hat die Versendung, insbesondere die Wahl der Frachtführer, Verfrachter und Zwischenspediteure, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes unter Wahrung der Interessen und Befolgung der Weisungen des Versenders auszuführen (§ 408 Abs. 1). Im übrigen, namentlich in bezug auf Empfang und Bewahrung des Gutes, hat er die Pflichten des Kommissionärs (§ 407 Abs. 2).

3. Rechte des Spediteurs. Der Spediteur hat die Rechte des Kommissionärs. Er darf keine höhere als die bedungene Fracht anrechnen (§ 408 Abs. 2). Seine Provision ist verdient, wenn er das Gut zur Beförderung weitergegeben hat (§ 409). Sein Pfandrecht erstreckt sich nur auf konnexe Forderungen (§ 410). Bedient er sich eines Zwischenspediteurs, so hat dieser zugleich Forderung und Pfandrecht des Vormanns auszuüben; soweit der Vormann (Spediteur oder Frachtführer) vom Nachmann befriedigt ist (Spesennachnahme), gehen die Forderung und das Pfandrecht des Vormannes auf den Nachmann über (§ 411).

4. Selbsteintritt. Der Spediteur hat mangels anderer Abrede das Recht der Selbstausführung der Beförderung; er hat dann zugleich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers oder Verfrachters, kann aber außer der gewöhnlichen Fracht auch Provision und die bei Speditionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Kosten in Rechnung stellen (§ 412).

5. Speditionsunternehmen. Wenn der Spediteur sich mit dem Versender über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten einigt („Spedition mit fixen Spesen"), hat er ausschließlich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers (§ 413 Abs. 1; anders früher § 384). Gleiches gilt auch ohne solche Einigung, wenn der Spediteur die Güter mehrerer Versender auf Grund eines für eigne Rechnung geschlossenen Frachtvertrages zusammen als „Sammelladung" versendet; er kann dann nur eine den Umständen angemessene Fracht, höchstens aber die für die Einzelbeförderung gewöhnliche Fracht fordern (§ 413 Abs. 2).

6. Verjährung. Die Ansprüche gegen den Spediteur verjähren in einem Jahre; die Verjährung der Ansprüche wegen Beschädigung oder Minderung des Gutes beginnt mit dem Ablaufe des Ablieferungstages, die der Ansprüche wegen Verlustes oder Verspätung mit

dem Ablaufe des Tages, an dem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen. Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden. Auch die Aufrechnung mit den verjährten Ansprüchen ist nur zulässig, wenn vor der Vollendung der Verjährung eine Anzeige an den Spediteur abgesandt (oder gerichtliche Beweisaufnahme beantragt oder dem Spediteur der Streit verkündigt) ist. Im Falle vorsätzlicher Herbeiführung des Schadens fällt das Verjährungsprivileg weg. (Vgl. § 414).

Literatur: Wengler, Beiträge zur Lehre vom Speditionsgeschäft, 1860. Grünhut, Kommissionshandel, S. 524 ff.; b. Endemann III §§ 331 ff. Burchard, Das Recht der Spediteure, 1894. Senkpihl, Das Speditionsgeschäft, 1907. K. Lehmann § 215. Gareis § 52. Cosack § 144.

§ 84. Lagergeschäft. Wer gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt, ist Lagerhalter und damit Kaufmann. Der von ihm geschlossene Verwahrungsvertrag unterliegt als „Lagergeschäft" besonderen handelsrechtlichen Vorschriften, die auf die Verwahrungsverträge anderer Kaufleute keine Anwendung finden (§§ 416—424).

Der Lagerhalter hat in Ansehung der Empfangnahme, Aufbewahrung und Versicherung des Gutes gleiche Rechte und Pflichten wie ein Kommissionär oder Spediteur; von nachteiligen Veränderungen hat er den Einlagerer unverzüglich zu benachrichtigen. Er muß dem Einlagerer während der Geschäftsstunden Besichtigung, Entnahme von Proben und die zur Erhaltung des Gutes erforderlichen Handlungen (z. B. Schaufeln des Getreides) gestatten. Zur Vermischung vertretbarer Sachen mit anderen Sachen gleicher Art und Güte (z. B. Getreide) ist er nur im Falle ausdrücklicher Gestattung befugt; er wird auch dann nicht Eigentümer, sondern nur Verwalter eines für die Einlagerer entstehenden Miteigentums nach Bruchteilen, das er durch Ausantwortung der dem Anteil eines Einlagerers entsprechenden Menge vom Gesamtvorrat ohne Einwilligung der übrigen Teilhaber aufteilen kann. Ist Eigentumsübergang auf den Lagerhalter verabredet, so liegt kein Lagergeschäft vor.

Der Lagerhalter kann als Lagerkosten das bedungene oder ortsübliche Lagergeld und die Erstattung von Auslagen und Aufwendungen verlangen; die baren Auslagen sofort, das andere nach Ablauf von je drei Monaten seit der Einlieferung oder bei früherer Rücknahme. Wegen der Lagerkosten hat er ein gesetzliches Pfandrecht am Lagergut.

Die Rücknahme des Gutes kann er nicht vor Ablauf der bedungenen Lagerzeit oder mangels einer solchen von drei Monaten, im letzteren Falle und bei stillschweigender Verlängerung über die Lagerzeit nur nach vorgängiger einmonatiger Kündigung verlangen. Doch kann er aus einem wichtigen Grunde auf vorzeitiger Rücknahme bestehen.

Die Ansprüche gegen den Lagerhalter verjähren in gleicher Weise wie die Ansprüche gegen den Spediteur; im Falle des gänzlichen Verlustes wird hier die Verjährung erst durch die Anzeige an den Einlagerer in Lauf gesetzt.

Über den Lagerschein (Warrant) bestimmt das HGB. nur, daß er kraft staatlicher Ermächtigung als Orderpapier ausgestellt werden kann und dann zugleich Traditionspapier ist (oben § 70 Z. 1 b u. Z. 2). Die Ausstellung von Lagerscheinen auf den Inhaber ist dadurch nicht beschränkt und somit allgemein zulässig (RGer. LIX Nr. 101). Im übrigen ist die Regelung der Landesgesetzgebung überlassen (EG. Art. 16). Diese kann namentlich auch, wie dies in Bremen und Elsaß-Lothringen der Fall ist, neben dem Orderlagerschein einen Lagerpfandschein, der lediglich der Verpfändung dient, zulassen („Zweischeinsystem").

Literatur: G. Cohn b. Endemann III 904 ff. K. Adler, Österreichisches Lagerhausrecht, 1892. F. Levy, Das Lagergeschäft, 1895. Simonson, Z. f. HR. XLV 550 ff. F. Hecht, Die Warrants, 1884. J. A. Levy, Der Warrant, 1890. Cosack §§ 101—102. O. Goldberg, Das deutsche Lagerhausgeschäft u. Lagerhausrecht, 1902. A. v. Kostanecki, Der Lagerschein als Traditionspapier, 1902. Wimpfheimer, Der Lagerschein nach deut. R., 1903. E. Mollwo, Z. f. HR. LVIII 373 ff. Senkpiehl, ebenda LXIX 461 ff. K. Lehmann § 222. Gareis § 55. Cosack §§ 158—159.

§ 85. Frachtgeschäft.

1. Begriff. Die entgeltliche Übernahme der Ausführung einer Beförderung, nach bürgerlichem Recht ein Werkvertrag, unterliegt als „Frachtgeschäft" einer besonderen handelsrechtlichen Ordnung, wenn sie entweder handelsgeschäftliche Güterbeförderung zu Lande oder

auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern ist oder zu den Frachtgeschäften des Seehandels gehört. In beiden Fällen gilt verschiedenes Recht. Hier ist nur vom Frachtgeschäft außerhalb des Seerechts zu handeln.

Dieses umfaßt nur die Beförderung von Gütern (zu denen auch Briefe gehören), nicht die Personenbeförderung. Wer es gewerbsmäßig unternimmt, die Güterbeförderung auszuführen, ist Frachtführer und damit Kaufmann (§ 425). Für die Frachtgeschäfte der Frachtführer gelten die Vorschriften des sechsten Abschnittes des dritten Buches des HGB. Sie sind aber auch anwendbar, wenn ein anderer Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes die Ausführung einer Güterbeförderung übernimmt (§ 451). Dagegen gelten sie nicht für die Güterbeförderung durch die Reichs- und Staatspost (§ 452). Sie werden ferner durch ein umfassendes Sonderrecht für die Eisenbahnen (im siebenten Abschnitt) abgewandelt (unten § 86). Endlich sind sie nur zum Teil auf das Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern auf Flüssen und sonstigen Binnengewässern anwendbar, das im übrigen durch das Binnenschiffahrtsgesetz (§§ 26 bis 77) unter Annäherung an das Frachtgeschäft des Seehandels geregelt ist (unten § 94 Z. 2).

2. Abschluß. Das Frachtgeschäft wird zwischen dem Frachtführer und dem Absender geschlossen. Der Absender kann zugleich der Empfänger sein; anderenfalls ist der Empfänger eine dritte Person, an die abzuliefern der Frachtführer dem Absender verspricht. Der Vertrag ist formfrei, der Frachtführer kann aber vom Absender die Ausstellung eines Frachtbriefes mit gehörigem Inhalt verlangen, für dessen Richtigkeit und Vollständigkeit ihm dieser haftet (§ 426).

3. Verbindlichkeiten des Frachtführers.

a) Ausführung der Beförderung. Der Frachtführer muß die Beförderungsmittel beschaffen, das Gut in Empfang nehmen und es gehörig verladen. Dagegen ist es Sache des Absenders, das Gut gehörig zu verpacken und die nach Zoll-, Steuer- oder Polizeivorschriften erforderlichen Begleitpapiere zu beschaffen (§ 427). Er muß sodann rechtzeitig in der bedungenen, ortsüblichen oder angemessenen Frist die Reise antreten und vollenden. Wird der Antritt oder die Fortsetzung der Reise ohne Verschulden des Absenders zeitweilig verhindert, so kann der Absender zurücktreten, muß aber den Frachtführer, falls auch dieser schuldlos ist, für bereits gemachte Leistungen nach Ortsgebrauch oder angemessen entschädigen (§ 428).

Nach Binnenschiffahrtsrecht gilt ein umfassendes Sonderrecht, das sich an die seerechtlichen Institute anlehnt (vgl. unten § 94 Z. 2).

b) Bewahrung und Ablieferung des Frachtguts. Der Frachtführer haftet für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Gutes in der Zeit von der Annahme bis zur Ablieferung oder durch Versäumung der Lieferzeit entsteht. Während er aber nach früherem Recht (Art. 395) für Verlust und Beschädigung auch durch zufällige Ereignisse bis an die Grenze höherer Gewalt (vis maior) einstehen mußte, kann er nach geltendem Recht sich durch den Nachweis befreien, daß der Schade durch Umstände verursacht ist, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten (§ 429 Abs. 1, BSchG. § 58 Abs. 1—2 u. § 62 Abs. 1). Für Verlust oder Beschädigung von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld und Wertpapieren haftet er überhaupt nur, wenn ihm die Beschaffenheit oder der Wert des Gutes bei der Übergabe angegeben ist (§ 429 Abs. 2, BSchG. § 58 Abs. 3). Nach Binnenschiffahrtsrecht haftet er überdies nicht für den Schaden aus gewissen besonderen Gefahren, denen das Gut nach Vereinbarung oder kraft seiner natürlichen Beschaffenheit ausgesetzt ist, und im Falle einer für gewisse Güter getroffenen Bestimmung der Staatsbehörde oder des Bundesrats für ein Mindergewicht oder Mindermaß bis zu ½ v. H., falls ihm nicht ein Verschulden nachgewiesen wird (BSchG. §§ 59—60).

Die Haftung für Verlust oder Beschädigung ist dem Umfange nach dadurch beschränkt, daß der Frachtführer bei Verlust nur den gemeinen Handelswert oder sonstigen gemeinen Wert, den das Gut am Lieferungsorte zur Lieferungszeit gehabt hätte, bei Beschädigung den Unterschied zwischen diesem Wert und dem noch vorhandenen Verkaufswert, in beiden Fällen abzüglich der Ersparnisse an Fracht, Zöllen und sonstigen Kosten, zu ersetzen braucht; nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit haftet er für den vollen Schaden (§ 430).

c) Haftung für fremdes Verschulden. Der Frachtführer haftet für das Verschulden seiner Leute und sonstiger Hilfspersonen in gleichem Umfange wie für eigenes Verschulden (§ 431).

d) Haftung bei einer Kette von Frachtführern. Im Falle der Weitergabe des Gutes an einen anderen Frachtführer bleibt der ursprüngliche Frachtführer für die Erfüllung des Frachtvertrages bis zur Ablieferung verhaftet; zugleich aber tritt mit Annahme des Gutes mit dem ursprünglichen Frachtbriefe der nachfolgende Frachtführer in den Frachtvertrag ein und wird selbständig nach Maßgabe des Frachtbriefes verpflichtet; muß ein beteiligter Frachtführer Schadensersatz leisten, so hat er den Rückgriff gegen den schuldigen Frachtführer; ist dieser nicht zu ermitteln, so wird der Schade nach Verhältnis der Fracht verteilt, soweit nicht festgestellt wird, daß er auf der Beförderungsstrecke eines Frachtführers nicht eingetreten ist (§ 432).

e) Verjährung. Die Ansprüche gegen den Frachtführer aus Verlust, Beschädigung oder Verspätung (abgesehen von den Regreßansprüchen der Frachtführer untereinander) verjähren in gleicher Frist wie die Ansprüche gegen den Spediteur (§ 439).

4. Rechte des Frachtführers.

a) Fracht und Spesen. Der Frachtführer hat Anspruch auf Zahlung der Fracht, Erstattung von Auslagen (Zöllen, Verwendungen, Vorschüssen usw.) und Ersatz der vom Absender verschuldeten Schäden (z. B. aus mangelhafter Verpackung oder unrichtigen Begleitpapieren); Fracht und Spesen pflegen auf dem Frachtbriefe vermerkt zu werden. — Nach Binnenschiffahrtsrecht gelten besondere Regeln für die Berechnung der Fracht (§ 63), die für verlorene Güter zu zahlende Fracht (Distanzfracht bei Verlust durch Unfall auf der Reise, volle Fracht bei Verlust oder Minderung von Gütern infolge ihrer natürlichen Beschaffenheit und beim Tode von Tieren, §§ 64—65) und die Abgrenzung zwischen den vom Frachtführer zu tragenden Unkosten der Schiffahrt und den die Ladungsbeteiligten treffenden Kosten (§ 66).

b) Recht auf Abnahme. Der Frachtführer hat ein Recht auf Abnahme des Gutes durch den Empfänger gegen Zahlung von Fracht und Spesen. Nach Binnenschiffahrtsrecht gelten dabei dem Seerecht nachgebildete Regeln über Löschbereitschaft und Wartezeit (§§ 46—57).

Erfolgt die Abnahme nicht, weil der Empfänger nicht zu ermitteln ist oder die Abnahme verweigert oder sonst ein Ablieferungshindernis besteht, so hat der Frachtführer unverzüglich den Absender zu benachrichtigen und dessen Weisung einzuholen; ist dies nicht tunlich oder der Absender säumig oder seine Weisung nicht ausführbar, so kann der Frachtführer das Gut hinterlegen oder, wenn es dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist, nach den Regeln über Selbsthilfeverkauf verkaufen lassen (§ 437; ähnlich BSchG. § 52).

Erfolgt die Abnahme unter Bezahlung von Fracht und Spesen, so sind alle Ansprüche aus dem Frachtvertrage gegen den Frachtführer erloschen (§ 438 Abs. 1; ebenso nach BSchG. § 62 Abs. 2—3 die Ansprüche wegen Verspätung und sonstige Ansprüche außer denen wegen Minderung und Beschädigung, die hier nach § 61 durch bloße Abnahme erlöschen). Doch können die Ansprüche wegen Minderung oder Beschädigung durch amtliche Sachverständigenfeststellung vor der Annahme des Gutes gewahrt werden (§ 438 Abs. 2, BSchG. § 61 Abs. 1). Ferner werden die Ansprüche wegen äußerlich nicht erkennbarer Mängel, falls sie binnen einer Woche nach der Annahme entdeckt sind, durch unverzügliche Feststellung innerhalb dieser Frist (oder Anzeige in der Frist und unverzügliche Feststellung nach Ablauf der Antwortfrist) erhalten; doch muß dann die Entstehung des Mangels zwischen Empfangnahme durch den Frachtführer und Ablieferung bewiesen werden (§ 438 Abs. 3, BSchG. § 61 Abs. 2). Endlich tritt die Befreiung des Frachtführers nicht ein, wenn er den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat (§ 438 Abs. 5, BSchG. § 61 Abs. 4, § 62 Abs. 2—3).

c) Pfandrecht. Der Frachtführer hat wegen aller Forderungen aus dem Frachtgeschäft ein gesetzliches Pfandrecht am Frachtgut; das Pfandrecht besteht, solange der Frachtführer besitzt, dauert aber noch nach der Ablieferung fort, sofern der Frachtführer es binnen drei Tagen gerichtlich geltend macht und der Empfänger das Gut noch besitzt (§ 440).

d) Bei einer Kette von Frachtführern, der sich auch Spediteure eingliedern, hat mangels anderer Bestimmung im Frachtbriefe der letzte Frachtführer bei der Ablieferung zugleich Forderungen und Pfandrechte aller Vormänner geltend zu machen; soweit ein Vormann von dem Nachmann befriedigt ist (Spesennachnahme), geht Forderung und Pfandrecht über (§ 441). Der Frachtführer, der das Gut ohne Bezahlung abliefert und das Pfandrecht

nicht binnen drei Tagen gerichtlich geltend macht, ist den Vormännern verantwortlich; er und alle anderen Nachmänner verlieren das Rückgriffsrecht; die Pfandrechte der Vormänner sind zugleich mit dem Pfandrecht des letzten Frachtführers erloschen; dagegen bleiben die Forderungen gegen den Empfänger in Kraft (§ 442).

5. Eintritt des Empfängers in das Rechtsverhältnis. Das innere Rechtsverhältnis zwischen dem Absender und dem Empfänger kann sehr verschieden geartet sein. Hiernach bestimmen sich der Übergang des Eigentums und die Tragung der Gefahr. Dem Frachtführer gegenüber ist dies bedeutungslos. Dagegen tritt im Laufe der Transportentwicklung nach Maßgabe der äußeren Schicksale von Frachtgut und Frachtbrief der Empfänger dem Frachtführer gegenüber allmählich in die Stellung des Transportherrn ein (§§ 433—436). Die Grundlage hierfür bildet das im Frachtvertrage gegebene und empfangene Versprechen der Leistung an einen Dritten. Frachtgut und Frachtbrief aber erscheinen dabei als Vehikel des Rechtsverhältnisses, das sie zum Empfänger hinübertragen. Der Frachtbrief, der an sich nur Beweisurkunde ist, entfaltet hiermit wertpapiermäßige Funktionen. Die einzelnen Regeln sind:

a) Zunächst steht das Verfügungsrecht über das Frachtgut dem Absender zu, der daher den Frachtführer bindend anweisen kann, das Gut anzuhalten, zurückzugeben oder einem anderen als dem Empfänger auszuhändigen (stoppage in transitu, droit de suite); er muß nur die Mehrkosten tragen. Dieses Verfügungsrecht erlischt aber, wenn das Gut am Lieferungsort angekommen und entweder der Frachtbrief übergeben oder vom Empfänger Klage erhoben ist.

b) Daneben kann schon vor der Ankunft des Guts der Empfänger dem Frachtführer bindende Anweisungen wegen Sicherstellung des Guts erteilen; Auslieferung kann er nur mit Ermächtigung des Absenders fordern.

c) Mit der Ankunft des Guts erlangt der Empfänger das Recht, alle Rechte aus dem Frachtvertrage, insbesondere den Anspruch auf Übergabe des Frachtbriefes und Auslieferung des Guts, in eignem Namen gegen den Frachtführer geltend zu machen; doch verliert er dies Recht durch eine (nach der Regel zu a) noch zulässige entgegenstehende Anweisung des Absenders.

d) Ist nach der Ankunft des Gutes der Frachtbrief übergeben oder Klage erhoben, so hat nur noch der Empfänger ein Verfügungsrecht; der Frachtführer macht sich ihm haftbar, wenn er noch eine Anweisung des Absenders befolgt.

e) Durch die Annahme von Frachtgut und Frachtbrief tritt der Empfänger auch in die Pflichten aus dem Frachtvertrage nach Maßgabe des Frachtbriefes ein. Der Frachtführer kann sich an ihn halten, behält aber zugleich den Anspruch gegen den Absender.

6. Ladeschein. Der Frachtführer kann einen Ladeschein ausstellen (§ 444); nach Binnenschiffahrtsrecht ist er auf ein vor Beginn der Verladung gestelltes Verlangen dazu verpflichtet (BSchG. § 72 Abs. 1). Ladescheine sind nur im Binnenschiffahrtsverkehr üblich.

Der Ladeschein ist ein Wertpapier, in dem sich der Frachtführer zur Auslieferung des Gutes an den legitimierten Besitzer des Papiers verpflichtet. Er hat die wesentlichen Punkte des Frachtvertrages zu enthalten (nach Binnenschiffahrtsrecht auch die Bezeichnung des Schiffs) und muß vom Frachtführer unterzeichnet sein; die Ausstellung kann an Order erfolgen, auch ohne Nennung eines Empfängers schlechthin an Order, worunter dann die Order des Absenders zu verstehen ist; lautet er an die Order einer Person, die am Ablieferungsort weder Wohnsitz noch Niederlassung hat, so kann nach Binnenschiffahrtsrecht der Frachtführer die Bezeichnung einer Meldeadresse im Ladeschein verlangen (§ 445 Abs. 1—2, BSchG. § 72 Abs. 2—3). Der Frachtführer hat Anspruch auf eine vom Absender unterschriebene Abschrift (§ 445 Abs. 3).

Der Ladeschein ist als skripturrechtlicher Verpflichtungsschein für das Rechtsverhältnis zwischen Frachtführer und Empfänger entscheidend; Bestimmungen des Frachtvertrages, die nicht in den Ladeschein aufgenommen oder in ihm in bezug genommen sind, sind dem Empfänger gegenüber unwirksam; dagegen entscheidet zwischen Frachtführer und Absender der Frachtvertrag (§ 446). Mit der Übernahme des Gutes auf Grund des Ladescheins

treten auch die nachfolgenden Frachtführer in die skripturrechtliche Verpflichtung ein (§ 449). Näher geregelt und zum Teil erheblich abgeschwächt ist die Haftung des Frachtführers aus dem Ladeschein des Binnenschiffahrtsrechts (BSchG. §§ 73—76). Der Frachtführer muß hier die Richtigkeit der im Ladeschein enthaltenen Bezeichnung der Zahl, des Maßes oder des Gewichtes der verladenen Güter vertreten, wenn er sich nicht durch den Zusatz „Zahl, Maß, Gewicht unbekannt" oder ähnlich geschützt hat; und er darf diesen Zusatz nicht machen, wenn der Absender bereit ist, die Zuzählung, Zumessung oder Zuwägung auf seine Kosten vorzunehmen. Dagegen haftet er für die richtige Bezeichnung der Güter selbst nur, wenn er nicht nachweist, daß die Unrichtigkeit bei Anwendung der Sorgfalt eines „gewöhnlichen" Frachtführers nicht erkennbar war, ja, bei Gütern, die ihm laut Ladeschein verpackt oder in geschlossenen Gefäßen übergeben sind, in Ansehung des Inhalts nur dann, wenn ihm bösliche Handlungsweise nachgewiesen wird. Auch beschränkt sich, von dem Falle böslicher Handlungsweise abgesehen, seine Ersatzpflicht auf Grund der Nichtübereinstimmung der Güter mit den Angaben des Ladescheins auf den sich aus dem Unterschiede ergebenden Minderwert. Übernimmt er Güter, deren Beschädigung, schlechte Beschaffenheit oder mangelhafte Verpackung bei der Verladung äußerlich erkennbar ist, so hat er den Mangel im Ladeschein zu vermerken, widrigenfalls er dem Empfänger für den Minderwert verantwortlich ist.

Der Ladeschein ist ferner ein Warenpapier, das den Anspruch auf Herausgabe des Frachtguts verkörpert. Daher ist zum Empfange des Gutes der und nur der legitimiert, den der Ladeschein oder das Indossament dazu beruft; er hat hier schon vor der Ankunft des Gutes das sonst dem Absender zustehende Verfügungsrecht, während der Frachtführer einer Verfügung des Absenders ohne Rückgabe des Ladescheins nicht Folge leisten darf, widrigenfalls er dem rechtmäßigen Papierbesitzer für das Gut haftet (§ 447). Daher braucht ferner der Frachtführer nur gegen Rückgabe des Ladescheins und Empfangsbescheinigung auf demselben zu liefern (§ 448). Daher vertritt endlich die Übergabe des Ladescheins auch sachenrechtlich die Übergabe des Guts (oben § 70 Z. 2).

Literatur: Thöl, Handelsrecht III. Schott b. Endemann III 289 ff. Eger, Das deutsche Frachtrecht, 3 Bde., 1888 ff. Pappenheim, Transportgeschäft nach dem Entw. eines HGB., 1896. Jaffé, Der Briefbeförderungsvertrag, 1897. K. Lehmann §§ 198 bis 208. Gareis § 56. Cosack §§ 114 ff.

§ 86. Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen.

1. Überhaupt. Die Beförderung von Gütern auf den Eisenbahnen ist als Frachtgeschäft den Vorschriften des HGB. unterworfen; wenn es sich aber um eine Eisenbahn handelt, die dem öffentlichen Güterverkehr dient, gelten vielfach abweichende Rechtssätze. Schon das alte HGB. schränkte mit Rücksicht auf das tatsächliche Verkehrsmonopol der Eisenbahnen durch eine Reihe von Sonderbestimmungen (Art. 422—431) beim Eisenbahnfrachtgeschäft die Vertragsfreiheit ein. Das neue HGB. schafft ein umfassendes Sonderrecht und bestimmt allgemein, daß die durch das Frachtrecht überhaupt und das Eisenbahnfrachrecht insbesondere den Eisenbahnen auferlegten gesetzlichen Verpflichtungen vertragsmäßig nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden können (§ 471).

Das Eisenbahnfrachtrecht des HGB. wird durch die Eisenbahnverkehrsordnung ergänzt (§ 454). Darunter ist die auf Grund der deutsch. Reichsverf. Art. 45—46 vom Bundesrat und in übereinstimmendem Wortlaut für Bayern vom Könige erlassene „Verkehrsordnung" zu verstehen, die zuerst i. J. 1874 unter dem Namen „Betriebsreglement" verkündigt, dann i. J. 1892 zur „Verkehrsordnung" umgestaltet, 1899 in neuer Fassung veröffentlicht und jetzt zur Eisenbahnverkehrsordnung v. 23. Dez. 1908 umgegossen ist. Unter der Herrschaft des alten HGB. war sie nur eine Verwaltungsverordnung, nach der sich die Eisenbahnen bei ihren Vertragsschlüssen richten sollten; ihr Inhalt wurde also für die einzelnen Frachtgeschäfte erst durch stillschweigende Aufnahme in den Parteiwillen wirksam. Dagegen legt ihr das neue HGB. die Kraft einer Rechtsverordnung bei. Die Rechtsgültigkeit dieser Umwandlung wird freilich von Laband bestritten, weil es an einer gehörigen Begründung der Verordnungskompetenz fehle. Da aber das Gesetz deutlich den Willen zu erkennen gibt, daß die innerhalb der von ihm gezogenen Schranken gemäß der bisherigen Übung von den dazu berufenen Organen unter der

Bezeichnung „Verkehrsordnung" gegebenen Bestimmungen als Rechtsnormen gelten sollen, so ist dieser Erfolg auch eingetreten. Die Vorschriften der Verkehrsordnung sind daher, soweit sie dem Gesetz nicht widersprechen, allseitig bindende Rechtssätze. Die gesetzlichen Verpflichtungen der Eisenbahnen können durch die Verkehrsordnung nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden; die Sätze der Verkehrsordnung selbst aber sind schlechthin (also auch in Ansehung der Rechte der Eisenbahnen) zwingendes, der vertragsmäßigen Abänderung entzogenes Recht (§ 471).

Ein dem Handelsgesetzbuch vorgehendes Gesetzesrecht gilt für den internationalen Eisenbahnfrachtverkehr zwischen Deutschland und seinen Nachbarländern auf Grund des Berner Vertrages v. 14. Okt. 1890 und der Zusatzvereinbarungen v. 16. Juli 1895, 16. Juni 1898 u. 19. Sept. 1906. Es erstreckt sich jetzt auf Deutschland, Österreich-Ungarn, Belgien, Frankreich, Italien, Luxemburg, die Niederlande, die Schweiz, Dänemark, Schweden, Rumänien, Bulgarien und Serbien. Inhaltlich stimmt dieses internationale Recht, da es im wesentlichen auf deutscher Grundlage ruht, im übrigen aber das neue HGB. und die neuen Verkehrsordnungen sich ihm vielfach angepaßt haben, in der Hauptsache mit dem für den inneren Verkehr geltenden Recht überein.

Das neue HGB. regelt im Gegensatz zum alten HGB., wie die aus diesem Grunde geänderte Überschrift des Abschnittes anzeigt, auch die nicht zu den Frachtgeschäften gehörige Personenbeförderung auf den Eisenbahnen. Diese Regelung besteht aber lediglich in einer Verweisung auf die Verkehrsordnung (§ 472). Somit sind hier ausschließlich die in der Verkehrsordnung enthaltenen Rechtssätze (die allgemeinen Bestimmungen der §§ 3—9 und die besonderen der §§ 10—29) maßgebend.

2. Beförderungspflicht. Die Eisenbahnen dürfen Frachtanträge nicht grundlos ablehnen und müssen die Güter nach der Reihenfolge der Vertragsschlüsse befördern, widrigenfalls sie für Schadensersatz haften. Der Kontrahierungszwang gilt nach dem HGB. bei Anträgen auf Güterbeförderung nach jeder für den Güterverkehr eingerichteten Station des Deutschen Reichs, ist aber durch das internationale Recht erweitert. Er fällt weg, wenn der Antragende sich den allgemeinen Beförderungsbedingungen nicht unterwirft, die Beförderung verboten ist, die Güter sich zur Beförderung nicht eignen, die Beförderung mit den regelmäßigen Beförderungsmitteln nicht ausgeführt werden kann oder höhere Gewalt entgegensteht. Auch braucht die Eisenbahn Güter nicht früher, als die Beförderung möglich ist, als Frachtführer zu übernehmen, hat sie aber der Regel nach einstweilen in Verwahrung zu nehmen. Eine Beförderung außer der Reihe ist aus zwingenden Gründen des Eisenbahnbetriebs (Eilgut, Viehzüge usw.) oder im öffentlichen Interesse zulässig. (HGB. § 453; VO. §§ 3, 53—54, 63—64; besondere Bestimmungen für den Transport von Leichen in §§ 44—47, für den von lebenden Tieren in §§ 48—52; BV. Art. 8, 15). — Die Beförderungsbedingungen sind großenteils durch die Verkehrsordnung ein für alle Mal festgesetzt. Soweit die Vertragsfreiheit nicht grundsätzlich ausgeschaltet ist, wie namentlich in Ansehung der Höhe der Frachtsätze und der Transportfristen, darf doch nur nach Maßgabe gehörig veröffentlichter Tarife, die eine gleichmäßige Behandlung aller verbürgen, kontrahiert werden (VO. §§ 6, 60, 68—70, 72, 75).

3. Vertragsschluß. Der Vertrag wird durch Annahme des Frachtsguts mit dem Frachtbrief, der hier stets auszustellen und unter Benutzung eines bestimmten Formulars abzufassen ist, geschlossen; die Anerkennung der Verpflichtung laut Frachtbrief seitens der Eisenbahn wird aber erst durch eine Abstempelung vollzogen. Auf Wunsch des Absenders (im internationalen Verkehr stets) wird dem Absender ein mit Empfangsbescheinigung versehenes Frachtbriefduplikat ausgehändigt, das insofern einen „halben Ladeschein" darstellt, als die Verfügungsmacht des Absenders gegenüber der Eisenbahn durch seine Vorlegung bedingt ist (HGB. § 455; VO. §§ 55—61, 73; BV. Art. 8, 15.)

4. Haftung. Die Haftung der Eisenbahn ist insofern strenger als die jedes anderen Frachtführers, als die Eisenbahn gemäß dem für sie festgehaltenen älteren Recht sich von der Verantwortlichkeit für Verlust oder Beschädigung nur durch den Nachweis befreien kann, daß der Schade durch eigenes Verschulden des Geschädigten oder höhere Gewalt oder äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung oder die natürliche Beschaffenheit der Güter

verursacht ist; sie haftet also für gemeinen Zufall und muß insoweit auch für schuldlose Handlungen ihrer Leute einstehen (§§ 456 u. 458, VO. §§ 5, 84, BV. Art. 30). Jedoch haftet sie, wenn ihr nicht ein Verschulden nachgewiesen wird, nicht für den Schaden aus gewissen besonderen Gefahren, die der Absender nach gesetzlicher oder tarifmäßiger Bestimmung oder einer in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarung zu tragen hat oder tragen will (Beförderung in offenen Wagen oder ohne gehörige Verpackung, eigenes Auf- und Abladen des Absenders oder Empfängers, Beförderung von Natur verderblicher Güter und lebender Tiere, Gefahren, zu deren Abwendung ein Begleiter beigegeben wird); dabei spricht die Vermutung dafür, daß ein entstandener Schade, der den Umständen nach aus der betreffenden Gefahr entstehen konnte, aus ihr entstanden ist (§ 459, VO. §§ 62, 82—86, BV. Art. 31). Die Haftung der Eisenbahn ist überhaupt ausgeschlossen, wenn nicht oder nur bedingungsweise zur Beförderung zugelassene Güter unter unrichtiger oder ungenauer Bezeichnung aufgegeben sind (§ 467, VO. § 96). — Hinsichtlich der Höhe des zu leistenden Schadensersatzes gelten gleiche Regeln wie bei anderen Frachtgeschäften mit der Abweichung, daß bei der Berechnung der gemeine Wert zur Zeit und am Orte der Absendung, nicht der Ablieferung zugrunde gelegt wird (§ 457, VO. § 88). Doch wird einerseits, soweit nicht Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vorliegt, die Ersatzpflicht bei gewissen Gütern durch Normalsätze für nicht zu ersetzenden Gewichtsverlust und bei der Beförderung zu Ausnahmetarifen und von besonders kostbaren Gegenständen durch Höchstbeträge beschränkt (§§ 460—462, VO. §§ 87, 89, 95, BV. Art. 3, 32, 35, 41). Anderseits kann durch gehörige Angabe des Interesses der Lieferung im Frachtbrief der Ersatz eines höheren Schadens bis zu dem angegebenen Betrage (jedoch innerhalb der Grenzen des etwa wirksam festgesetzten Höchstbetrages) gesichert werden (§ 463, VO. §§ 92—93). — Die Geltendmachung der Ansprüche wegen verborgener Mängel ist der Eisenbahn gegenüber dadurch bedingt, daß binnen einer Woche nach der Annahme entweder bei Gericht oder schriftlich bei der Eisenbahn Untersuchung beantragt wird (§ 464, VO. §§ 82—83, 97, BV. Art. 44).

Für Verspätung haftet auch die Eisenbahn nur, wenn sie nicht ihre Schuldlosigkeit beweist; der Schadensersatz wird, sofern nicht Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vorliegt, durch den gehörig im Frachtbriefe angegebenen Betrag des Interesses an der Lieferung und in Ermangelung einer solchen Angabe durch den Betrag der Fracht begrenzt (§ 466, VO. §§ 75, 92 bis 94).

Die Eisenbahn kann, wenn der im Frachtbrief angegebene Ablieferungsort nicht an der Eisenbahn liegt, für die Beförderung von der letzten Eisenbahnstation an ihre Haftung auf die eines Spediteurs herabsetzen (§ 468, VO. § 85, BV. Art. 30).

Im Falle der Beförderung durch mehrere aufeinanderfolgende Eisenbahnen auf Grund desselben Frachtbriefs können die Ansprüche aus dem Frachtvertrage nur gegen die erste oder die letzte Bahn oder diejenige Zwischenbahn, auf deren Strecke sich der Schade ereignet hat, eingeklagt werden; das Wahlrecht erlischt mit der Klage (§ 469, VO. § 100, BV. Art. 27—28).

5. Reisegepäck. Der Frachtvertrag über Reisegepäck wird ohne Frachtbrief durch Annahme des Gepäcks und Aushändigung eines Gepäckscheins geschlossen. Der Gepäckschein ist Legitimationspapier. Die Haftung der Eisenbahn richtet sich nach den gewöhnlichen Regeln; doch haftet die Eisenbahn für Verlust nur, wenn das Gepäck binnen 8 Tagen nach Ankunft des Zuges auf der Bestimmungsstation abgefordert wird; auch gelten besondere Bestimmungen hinsichtlich der Festsetzung von Höchstbeträgen. Für nicht aufgegebenes Reisegepäck haftet die Eisenbahn nur, wenn ihr ein Verschulden nachgewiesen wird. (HGB. §§ 465, 466 Abs. 2 S. 2; VO. §§ 30—39.) — Ähnliche Regeln gelten für Expreßgut, das auf Gepäckschein oder besonderen Beförderungsschein befördert wird (VO. §§ 40—43).

6. Verjährung. Die einjährige Verjährung ist hier auf Ansprüche der Eisenbahn auf Nachzahlung von Fracht oder Gebühren und auf Ansprüche gegen die Eisenbahn auf Rückerstattung von Fracht oder Gebühren erstreckt, insofern der Anspruch auf unrichtige Anwendung der Tarife oder auf Rechenfehler gestützt wird; die Verjährung aller Ansprüche gegen die Eisenbahn wird durch schriftliche Anmeldung bei der Eisenbahn gehemmt. (HGB. § 470, VO. §§ 71, 98; etwas anderes BV. Art. 45—46).

7. Kleinbahnen. Für Kleinbahnen gilt die Verkehrsordnung nicht. Soweit die Bestimmungen des HGB. nicht zwingendes Recht sind, entscheiden statt der Verkehrsordnung die Beförderungsbedingungen der Bahnunternehmung. Die Beförderungspflicht besteht hier nur für die Beförderung auf der eigenen Bahnstrecke (HGB. § 473).

Literatur: W. Koch, Deutschlands Eisenbahnen, 2 Bde., 1854/58; Z. f. HR. VIII 401 ff., X 58 ff. Eger, Handbuch des deutschen Eisenbahnrechts, 1886 ff.; Komm. zur Eisenbahnverkehrsordnung, 2. Aufl. 1901; Komm. zum Berner Vertrag, 2. Aufl. 1903. Endemann, Recht der Eisenbahnen, 1886. Wehrmann, Eisenbahnfrachtgeschäft, 1890. E. Rosenthal, Internationales Eisenbahnfrachtrecht, 1894. v. d. Leyen, Z. f. HR. XXXIX 1 ff., XLI 501 ff., XLIX 382 ff. Gerstner, Internationales Eisenbahnfrachtrecht, 1893; Der neueste Stand des Berner Internationalen Übereinkommens, 1901. Laband, Staatsr. (4. Aufl.) III 120 ff. Rundnagel, Die Haftung der Eisenbahn für Verlust, Beschädigung und Lieferfristüberschreitung nach deut. Eisenbahnfrachtrecht, 2. Aufl., 1909. K. Lehmann § 206. Gareis § 57. Cosack §§ 124—132.

Sechstes Buch.

Seerecht und Binnenschiffahrtsrecht.

§ 87. Begriff und Umfang.

1. Seerecht ist der Inbegriff der besonderen Rechtssätze, die sich auf die Seeschiffahrt beziehen. Das Seerecht zerfällt in das öffentliche und das private Seerecht. Das öffentliche Seerecht gehört, soweit es international ist, dem Völkerrecht, soweit es national ist, dem Staats- und Verwaltungsrecht an. Als Seeprivatrecht erscheint vor allem das Seehandelsrecht, das sich auf die dem Erwerbe dienende Seeschiffahrt oder den „Seehandel" bezieht. Daneben gibt es seeprivatrechtliche Vorschriften innerhalb des gemeinen bürgerlichen Rechts (z. B. über Seeverschollenheit, Schiffspfandrecht, Seetestament im BGB., über Beurkundung von Geburten und Sterbefällen auf See im Personenstandsgesetz); auch finden einzelne seehandelsrechtliche Vorschriften zugleich außerhalb des Seehandels Anwendung (HGB. EG. Art. 7 u. 8). Hier ist nur das Seehandelsrecht darzustellen. Dasselbe bildet ein in sich geschlossenes Sonderrecht, das aber ein Teil des Handelsrechts ist und daher zunächst durch die allgemeinen Sätze des Handelsrechts und erst in Ermangelung solcher durch das bürgerliche Recht ergänzt wird. Gewisse, für das Seehandelsrecht grundlegende Einrichtungen des öffentlichen Seerechts fordern auch hier Beachtung.

2. Binnenschiffahrtsrecht ist der Inbegriff der besonderen Rechtssätze, die sich auf die Schiffahrt auf Binnengewässern (Flüssen, Kanälen, Seen, Haffen) beziehen. Das private Binnenschiffahrtsrecht lehnt sich an das Seehandelsrecht an und ist daher hier mitdarzustellen; nur das Frachtgeschäft des Binnenschiffahrtsrechts ist, weil und soweit die Verwandtschaft mit dem Landfrachtgeschäft überwiegt, schon oben (in § 85) berücksichtigt. Zum Binnenschiffahrtsrecht gehört auch das besondere Privatrecht, das für die Flößerei mit verbundenen Hölzern gilt.

§ 88. Geschichte, Quellen und Literatur.

1. Geschichte. Ein besonderes Seerecht entwickelte sich schon im Altertum. Seine Quelle war das im Seeverkehr aufkommende Gewohnheitsrecht. Früh zeigte das Seerecht einen Zug zu internationaler Gemeinschaft und Entlehnung; man denke z. B. an die Aufnahme der lex Rhodia de jactu in das römische Recht. Im Mittelalter gewannen Seerechtsbücher, in denen Seegebräuche und seegerichtliche Urteile zusammengestellt wurden, große Verbreitung und zum Teil gesetzliches Ansehen. So für das Mittelmeer die tabula Amalfitana (teilweise aus dem 11. Jahrh.) und das Consulat del mar (im 14. Jahrh. in Barcelona entstanden); für den Westen und Norden Europas das Seerecht von Oleron (seit dem 12. Jahrh. entstanden) und das sogenannte Wisbysche Seerecht (im Hansegebiet zusammengestellt). Daneben wurden seerechtliche Bestimmungen in Stadtrechten und städtischen Einzelsatzungen ge-

troffen. So namentlich auch in den deutschen Hansestädten und von ihnen gemeinsam in den Hanserezessen (zuletzt 1614 als „der Hansestädte Schiffsordnung und Seerecht"). In neuerer Zeit griff auch hier die staatliche Gesetzgebung kodifizierend ein. Mit Entschiedenheit beschritt diesen Weg zuerst die Ordonnance touchant la marine Ludwigs XIV. von 1681. Auch das dänische Gesetzbuch König Christians V. von 1683 nahm das Seerecht auf (Buch IV). Ebenso das Preußische Allgemeine Landrecht (II 8 §§ 1389—2451). Sodann widmeten die Handelsgesetzbücher der seefahrenden Völker nach dem Vorbilde des Code de commerce (livre II) dem Seerecht einen besonderen Abschnitt. Auch das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch stellte in seinem fünften Buch unter der Überschrift „Vom Seehandel" ein umfassendes Seerecht auf, das aber in Österreich nicht mit eingeführt ist; im neuen Handelsgesetzbuch bildet es in verhältnismäßig wenig geänderter Fassung das vierte Buch. In den skandinavischen Ländern ergingen besondere Gesetze über das Seerecht. — Auf das Binnenschiffahrtsrecht wurden seerechtliche Sätze zuerst im Wege des Gewohnheitsrechts erstreckt. Erst in neuester Zeit erfolgte die Kodifikation.

2. Quellen. Quellen des deutschen Seerechts sind das Handelsgesetzbuch, dessen seerechtliche Bestimmungen durch die RG. vom 2. Juni 1902, 12. Mai 1904 u. 30. Nov. 1908 einzelne Änderungen erfahren haben, und die ergänzenden Reichsgesetze; ferner, soweit Partikularrecht vorbehalten ist, die Landesgesetze; endlich das Gewohnheitsrecht (vgl. oben §§ 4. u 5). Die fremden Seerechte sind für das deutsche Seerecht nur Hilfsmittel; ein gemeines internationales Seerecht gibt es nicht. Die Anwendung des fremden Seerechts auf die von ihm beherrschten Verhältnisse in Deutschland richtet sich nach den deutschen Regeln des internationalen Privatrechts.

Das deutsche Binnenschiffahrtsrecht ist geregelt im RG., betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt, vom 15. Juni 1895; neue Fassung (auf Grund von Änderungen durch HGB. EG. Art. 12) vom 20. Mai 1898. Dazu tritt das RG., betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei, vom 15. Juni 1895.

3. Literatur. Eine besondere Literatur des Seerechts hat sich neben der des Handelsrechts entwickelt; sie wahrte besonders lange einen gemeineuropäischen Charakter, schließt sich aber seit dem Erlaß der Handelsgesetzbücher an das nationale Recht an. Von den allgemeinen Darstellungen des Handelsrechts umfassen nur wenige zugleich das Seerecht.

Sammlungen älterer Quellen: Pardessus, Collection des lois maritimes, 6 Bde., 1828/45. Twiss, Monumenta juridica, the black book of admiralty, 4 Bände, 1871 ff.

Fremde Seerechte: Die oben zu § 7 angef. Handelsgesetzbücher Frankreichs, Griechenlands, Rumäniens, der Türkei, Ägyptens, der Niederlande, Spaniens, Portugals, der mittel- und südamerikanischen Staaten, Italiens, Japans und Rußlands. Belg. Ges. v. 21. Aug. 1879. Finnisches Seerecht v. 9. Juni 1873. Im wesentlichen übereinstimmende Seerechtsges. f. Schweden v. 12. Juni 1891, Dänemark v. 1. April 1892, Norwegen v. 20. Juli 1893 (übersetzt v. Pappenheim im Beilageheft zur Z. f. HR. Bd. XLIII). — In England und den Vereinigten Staaten ist das Seerecht nicht kodifiziert; einzelne Teile des Seeprivatrechts indes regelt die englische Merchant shipping act v. 1894 (zuerst 1854).

Geschichtliche Übersicht: M. Pappenheim, Die geschichtliche Entwicklung des Seehandels und seines Rechts, 1903 (Schriften des Vereins f. Sozialpolitik CIII 2 S. 129 ff.).

Ältere Literatur: Heineccius, Scriptorum de jure nautico et maritimo fasciculus, 1740. Jacobsen, Seerecht des Friedens und Kriegs in bezug auf die Kauffahrteischiffahrt, 1815. Pardessus, Cours de droit commercial, Tome III. M. Pöhls, Darstellung des Seerechts, 4 Tle., 1830/33; Seeassekuranzrecht, 2 Tle., 1832/34. A. Miruß, Das Seerecht und die Flußschiffahrt, 2 Bde., 1838. v. Kaltenborn, Grundsätze des prakt. europäischen Seerechts, 2 Bde., 1851.

Literatur auf Grund des deutschen HGB.: Lewis, Schroeder u. Reatz in Endemanns Handb. des Handelsr. Bd. IV, 1884. R. Wagner, Handbuch des Seerechts Bd. I, 1884; M. Pappenheim, Bd. II des Handbuchs, 1906. W. Lewis, Das deutsche Seerecht, 2 Bde. (Komm. zu HGB. V), 1877/78, 2. Aufl. 1884. E. Boyens, Das deutsche Seerecht auf Grund des Kommentars von Lewis bearbeitet, bisher 2 Bde., 1897 u. 1901. Schaps, Komm. zu HGB. IV, 1906 ff. — Dazu die oben zu § 6 angef. Komm. zum HGB. von Makower, darin das Seerecht von Löwe, u. von Gareis u. Fuchsperger, Lehrb. des HR. von Gareis, K. Lehmann, Cosack, Lehrb. des deutsch. Privatr. von Beseler u. v. Gerber. — Abriß v. H. O. Lehmann in Birkmeyers Enzyklop. S. 669 ff.

Kommentare zum BSchG. u. Flößereigeſ.: Förtſch, 1896; Landgraf, 1896; Mittelſtein, 1896; Makower, 1896; Loewe, 2. Aufl. 1898.

Ausländ. Literatur: Lyon-Caen et Renault, Traité de droit maritime, 1894/96. Desjardin, Traité de droit commercial maritime, 2 Vol., 1890. Jacobs, Droit maritime belge, 2 Vol., 1889. Parsons, Treatise on the law of shipping, 2 Vol., 1869. J. Lee, Laws of british shipping and of marine assurance, 1896.

Literatur des öffentlichen Seerechts: F. Perels, Das internationale öffentliche Seerecht der Gegenwart, 1882; Handbuch des allgemeinen öffentlichen Seerechts im Deutſchen Reich, 1884, neue Ausg. 1901, Ergänzungsband (Seemannsordnung) von L. Perels 1902. Stoerk, Studien zum See- und Binnenſchiffahrtsrecht, 1897.

§ 89. Die Schiffe.

1. Seeſchiffe. Das Seerecht knüpft ſeine Normen an die Seeſchiffe an. Dem Seehandelsrecht unterliegen aber nur die zum Erwerbe durch die Seefahrt beſtimmten Schiffe („Kauffahrteiſchiffe"). Zu ihnen gehören neben den der Güter- und Perſonenbeförderung dienenden Schiffen auch Lotſen-, Hochſeefiſcherei-, Bergungs- und Schleppfahrzeuge, nicht dagegen Kriegsſchiffe, Zollkutter, Schiffe wiſſenſchaftlicher Expeditionen und Vergnügungsjachten; doch ſind auf ſolche nicht zum Erwerbe beſtimmten Schiffe, die auf Grund des Flaggengeſetzes von dem Rechte zur Führung der Reichsflagge Gebrauch machen (vgl. unten), alle für Kauffahrteiſchiffe geltenden Vorſchriften anwendbar. Die Schiffe ſind bewegliche Sachen und als ſolche dem Fahrnisrecht unterworfen. Doch gelten für ſie ſonderrechtliche Vorſchriften. In einzelnen Beziehungen werden ſie ſchon ſeit dem Mittelalter den Liegenſchaften gleichgeſtellt („ſchwimmende Gebäude").

Jedes Schiff iſt ein beſonderes Sachindividuum. Als ſolches hat es ſeinen Namen und ſein Unterſcheidungsſignal. Es hat ferner ſeine örtliche Heimat im „Heimatshafen", d. h. dem Hafen, von dem aus die Seefahrt mit ihm betrieben wird (HGB. § 480). Auch hat es ſeine Nationalität, die durch die Staatsangehörigkeit des Eigentümers beſtimmt wird. Deutſch iſt ein Schiff nur, wenn es im ausſchließlichen Eigentum von Reichsangehörigen ſteht; offene Handelsgeſellſchaften und Kommanditgeſellſchaften, deren perſönlich haftende Geſellſchafter ſämtlich Reichsangehörige ſind, Handelsgeſellſchaften mit juriſtiſcher Perſönlichkeit, eingetragene Genoſſenſchaften und andere juriſtiſche Perſonen, die im Inlande ihren Sitz haben (Aktienkommanditgeſellſchaften jedoch nur, wenn alle perſönlich haftenden Geſellſchafter Deutſche ſind), ſtehen den Reichsangehörigen gleich. Die Schiffe zerfallen nach Art und Größe in verſchiedene Gattungen; die Größe wird durch die Schiffsvermeſſungsbehörde amtlich feſtgeſtellt und in einem „Meßbrief" beſcheinigt (Schiffsvermeſſungsordnung vom 1. März 1895). Beſondere rechtliche Zuſtände des Schiffes treten ein, wenn es „ſegelfertig" (zum Verlaſſen des Hafens bereit) iſt (HGB. § 482), wenn es „ſeeuntüchtig" wird, und wenn es in dieſem Falle entweder „reparaturunfähig" oder (weil die Koſten mehr als drei Viertel des früheren Wertes betragen würden) „reparaturunwürdig" iſt (§ 479). Das Schiff iſt eine aus mancherlei Beſtandteilen zuſammengeſetzte Sache; es hat aber auch ein oft ſehr umfangreiches Zubehör, zu dem im Zweifel alle in das Schiffsinventar eingetragenen Gegenſtände und jedenfalls die Schiffsboote gehören (§ 478). Das Schiff mit Zubehör und die Fracht bilden zuſammen das „Schiffsvermögen", das die Natur eines Sondervermögens hat.

Das deutſche Seeſchiff iſt berechtigt zur Führung der Reichsflagge und darf keine andere Flagge als Nationalflagge führen; RVU. Art. 55, RGeſ., betreffend das Flaggenrecht der Kauffahrteiſchiffe, vom 22. Juni 1899 (früheres vom 25. Oktober 1867). Das Flaggenrecht ſteht auch ſeegehenden Luſtjachten, Schulſchiffen und den im Inlande für Rechnung auswärtiger Staaten oder Staatsangehöriger gebauten Schiffen, ſolange ſie deutſch ſind, zu (Flaggengeſ. § 26 in der Faſſung v. 29. Mai 1901).

Zur Beurkundung der Rechtsverhältniſſe deutſcher Seeſchiffe werden bei den Amtsgerichten (in Hamburg bei einer beſonderen Behörde, in Roſtock und Wismar beim Magiſtrat) Schiffsregiſter geführt (Flaggengeſ. §§ 4 u. 27). Die Schiffsregiſter ſind öffentlich (§ 5). Die Eintragung erfolgt im Schiffsregiſter des Heimatshafens und nur in Ermangelung eines deutſchen Heimatshafens in einem frei gewählten Regiſter (§ 6). Gegenſtand der Eintragung ſind Name, Gattung und Unterſcheidungsſignal des Schiffs, das Ergebnis der Vermeſſung, Zeit und Ort der Erbauung, Heimatshafen, Eigentumsverhältniſſe und die für die

Nationalität des Schiffes maßgebenden Tatsachen (§§ 7—9). Über die erfolgte Eintragung wird vom Registergericht das „Schiffszertifikat" ausgestellt (§ 10). Alle Veränderungen in den eingetragenen Tatsachen oder Rechtsverhältnissen sind in das Schiffsregister einzutragen und baldtunlichst im Zertifikat zu vermerken; geht das Schiff unter, oder wird es als reparaturunfähig kondemniert, oder verliert es die deutsche Nationalität, so ist es zu löschen und das Zertifikat unbrauchbar zu machen (§ 13; Anmeldungs- und Einreichungspflicht nach §§ 14—15, 20). Die rechtliche Bedeutung des Schiffsregisters besteht vor allem darin, daß das Recht zur Führung der Reichsflagge vor der Eintragung des Schiffs und der Erteilung des Zertifikats bei Strafe nicht ausgeübt werden darf; das Zertifikat dient zum Nachweise des Flaggenrechts und ist auf der Reise stets (in Original oder beglaubigtem Auszuge) an Bord zu führen (§§ 11, 19, 21). Doch wird unter Umständen das Zertifikat vorübergehend durch ein „Flaggenzeugnis" ersetzt (§ 12). Und kleinere Schiffe (von nicht mehr als 50 Kubikmeter Bruttoraumgehalt) können überhaupt das Flaggenrecht ohne Eintragung und Zertifikat ausüben (§ 16). Der eingetragene Name des Schiffs kann nur mit Genehmigung des Reichskanzlers geändert werden (§ 13 Abs. 1 S. 3). In privatrechtlicher Hinsicht hat das Schiffsregister für die Eigentumsverhältnisse nur informatorische, dagegen für die Verpfändung des Schiffs grundbuchähnliche Bedeutung.

Die Veräußerung eines Seeschiffs oder eines Anteils an einem solchen erfolgt nach Fahrnisrecht; die vorgeschriebene Registrierung des Eigentumsüberganges ist für diesen nicht, wie zum Teil im Auslande, erforderlich. Doch gelten für alle Seeschiffe (auch wenn sie nicht dem Erwerbe durch die Seefahrt dienen, EG. Art. 6) Sonderbestimmungen, nach denen die zum Eigentumsübergange erforderliche Übergabe durch die Vereinbarung des sofortigen Eigentumsüberganges ersetzt werden kann (HGB. § 474) und jeder Teil die Erteilung einer öffentlich beglaubigten Urkunde über die Veräußerung verlangen kann (§ 475). Die Anwendung des Satzes „Hand wahre Hand" ist (abweichend vom älteren deutschen Recht) nicht ausgeschlossen; doch muß jedenfalls der Erwerber, um Eigentum vom Nichteigentümer zu erwerben, den Besitz erlangt haben; in Ansehung seines guten Glaubens ist die Information durch das Schiffsregister, obschon sie keinen öffentlichen Glauben hat, bedeutungsvoll.

Die Verpfändung der Seeschiffe richtet sich nach bürgerlichem Recht, kann daher bei eingetragenen Schiffen nur durch Bestellung eines Schiffspfandrechts mittels Registereintrages (BGB. §§ 1259—1272) erfolgen, während an nicht eingetragenen Schiffen nur ein Faustpfandrecht möglich ist.

Hinsichtlich der Zwangsvollstreckung gilt auf Grund eines alten Privilegs der Rechtssatz, daß ein segelfertiges Schiff weder der Zwangsversteigerung noch dem Arrestschlage unterliegt, es müßte sich denn um eine zum Behufe der bevorstehenden Reise eingegangene Schuld handeln (HGB. § 482). Die Zwangsversteigerung registrierter Schiffe erfolgt nach den Regeln der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (ZwVG. §§ 162—171).

2. Binnenschiffe. Das Binnenschiffahrtsgesetz gilt für alle zur Schiffahrt auf Binnengewässern verwendeten Schiffe. Auch die Binnenschiffe sind besonders geartete bewegliche Sachen mit einem Heimatsort; Schiff und Fracht zusammen bilden auch hier ein Schiffsvermögen. Binnenschiffe führen die Flagge ihres Heimatsstaates (nur ausnahmsweise, wenn sie ausschließlich auf ausländischen Gewässern verkehren, auf Grund der Eintragung in das bei einem deutschen Konsulat geführte Schiffsregister die Reichsflagge, Flaggenges. § 26 Abs. 2). Größere Binnenschiffe werden in Schiffsregister eingetragen, für die ähnliche Vorschriften wie bei Seeschiffen gelten (BSchG. §§ 119—129). Durch die Eintragung werden sie den Regeln über das Schiffspfandrecht und über die liegenschaftsrechtliche Zwangsversteigerung unterworfen. Dagegen gilt hinsichtlich der Veräußerung von Binnenschiffen nichts Besonderes.

3. Flöße. Das Flößereigesetz bezieht sich auf alle auf Binnengewässern geführte Flöße. Die Flöße haben die Eigentümlichkeit, daß sie zugleich Fahrzeuge und Transportgut sind.

Literatur: Lewis b. Endemann IV 18 ff. Wagner, Handb. I §§ 18—20, Pappenheim II §§ 1—17. Gierke, DPR. II 12, 58 ff., 1000 ff. K. Lehmann §§ 26, 31, 122. Gareis § 109. Cosack §§ 32—35.

§ 90. Reeder und Schiffseigner.

1. Reeder ist der Eigentümer eines ihm zum Erwerbe durch die Seefahrt dienenden Schiffes (HGB. § 484). Wer ein ihm nicht gehöriges Schiff zum Erwerbe durch die Seefahrt für eigne Rechnung verwendet (z. B. als Mieter, Nießbraucher oder unbefugter Besitzer), ist bloßer Ausrüster, nimmt aber im Verhältnis zu Dritten die Stellung des Reeders ein; der Eigentümer kann den Dritten, der aus der Verwendung Ansprüche als Schiffsgläubiger herleitet, nur dann hindern, sich an das Schiff zu halten, wenn die Verwendung widerrechtlich und der Dritte nicht in gutem Glauben war (§ 510).

Für den Reeder gilt Sonderrecht hinsichtlich der Haftung aus den durch die Seefahrt entstehenden Schuldverhältnissen. Einerseits ist seine Haftung erweitert; insbesondere haftet er für den Schaden, den eine Person der Schiffsbesatzung einem Dritten durch ihr Verschulden in Ausführung (nicht bloß bei Gelegenheit) ihrer Dienstverrichtungen zufügt (§ 485; zur Schiffsbesatzung gehören nach § 481 in der Fassung der Novelle v. 2. Juni 1902 der Schiffer, die Schiffsoffiziere, die Schiffsmannschaft und alle sonst auf dem Schiffe angestellte Personen). Anderseits haftet er zwar, wenn er haftet, der Regel nach persönlich mit seinem ganzen Vermögen („fortune de terre"), in einer Reihe von Fällen aber bloß mit dem Schiffsvermögen („fortune de mer"), also mit Schiff nebst Zubehör und Fracht, und zwar, wenn er mehrere Schiffe hat, nur mit dem beteiligten Schiffe und seiner Fracht. Diese beschränkte Haftung mit einem Sondervermögen tritt ein, wenn der Reeder als solcher für das Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung einstehen muß, oder wenn der Anspruch gegen ihn auf ein vom Schiffer nur kraft seiner gesetzlichen Vertretungsmacht geschlossenes Rechtsgeschäft oder auf Erfüllungsmängel bei einem zwar vom Reeder geschlossenen, aber vom Schiffer kraft seiner gesetzlichen Obliegenheiten auszuführenden Vertrage gegründet wird und nicht etwa eignes Verschulden oder besondere Gewährleistung des Reeders konkurriert (§ 486). Nur für Forderungen der Schiffsbesatzung aus Dienst- und Heuerverträgen haftet er (abweichend vom älteren Recht) stets persönlich (§ 487). Außerdem ist die Haftung des Reeders für Auslagen des Schiffers (§ 532), für Beiträge zur großen Haverei (§ 726) und für Berge- und Hilfslohn (§ 753) auf das Schiffsvermögen beschränkt. Der Reeder als solcher kann, mag er persönlich oder beschränkt haften, stets vor dem Gericht des Heimatshafens belangt werden (§ 488). — Die beschränkte Haftung für fremdes Verschulden ist auf den Eigentümer eines nicht dem Erwerb dienenden Seeschiffes ausgedehnt (EG. Art. 7). Sie tritt daher auch, obschon dies lebhaft bestritten wird, für das Reich als Eigentümer eines Kriegsschiffs ein.

2. Schiffseigner. Im Binnenschiffahrtsrecht entspricht dem Reeder der Schiffseigner (§ 1), dem auch hier Dritten gegenüber der Ausrüster gleichsteht (§ 2). Seine Haftung ist ganz wie die des Reeders geordnet (§§ 2—6). Nur ist sie dadurch gemildert, daß er auch dann, wenn er das Schiff selbst führt, für einen Schaden aus fehlerhafter Führung außer dem Falle einer böslichen Handlungsweise nur mit dem Schiffsvermögen haftet (§ 4 Abs. 2 S. 2). Auch trifft bei einem Schleppzuge die Haftung nur das Schiff, das den Schaden verursacht hat, und die Fracht (oder den Schlepplohn) dieses Schiffes (§ 4 Abs. 3).

Nach Flößereirecht haftet der Floßeigentümer für die durch das Floß infolge Verschuldens des Floßführers oder der Floßmannschaft verursachten Beschädigungen mit dem Floß; der Beschädigte hat ein gesetzliches Pfandrecht am Floß, das erst erlischt, wenn das Floß aufgelöst und von einem Dritten in gutem Glauben erworben ist; dann haftet der Veräußerer persönlich in Höhe des Erlöses (§§ 22—23).

Literatur: Ehrenberg, Die beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht, 1880. P. Rehme, Die geschichtliche Entwicklung der Haftung des Reeders, 1891. Lewis b. Endemann IV 37 ff. Wagner, Handb. I §§ 18, 21—23. K. Lehmann § 22, 26. — Über die Haftung für Kriegsschiffe. Haekel, Z. f. HR. LIV 80 ff.; Pappenheim, Leipz. Zeitschr. IV Nr. 6, und bei Gruchot LVI 19 ff.; Hertz, ebenda LV 39 ff.

§ 91. Reederei. Eine dem Seerecht eigentümliche, schon im Mittelalter ausgebildete Gesellschaftsform ist die Reederei. Reeder kann eine Handelsgesellschaft unter ihrer Firma oder eine juristische Person sein. Auch kann ein Schiff mehreren Personen als Miterben oder kraft ehelicher Gütergemeinschaft gemeinsam gehören. Nach der gesetzlichen Regel aber bilden

mehrere Personen, die ein ihnen gemeinschaftlich zustehendes Schiff zum Erwerbe durch die Seefahrt für gemeinschaftliche Rechnung verwenden, eine Reederei (HGB. § 489).

Die Reederei ist eine besonders geartete Gesellschaft zu gesamter Hand. Ihre Grundlage ist eine sachenrechtliche Gemeinschaft, vermöge deren ein Schiff zu ideellen Anteilen (Schiffsparten) einer Personenmehrheit zusteht. Die Schiffspart macht zum Mitreeder (Schiffsfreund) und gewährt einen entsprechenden Anteil am Reedereivermögen. Die Mitreeder aber bilden eine Gesellschaft. Das Rechtsverhältnis unter den Mitreedern richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage (§ 490), ist aber subsidär gesetzlich geregelt. Gegenüber der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist die gesamte Hand verstärkt. Die Reederei ist eine im Wechsel der Teilhaber beständige, vom Tode oder Konkurse eines Mitreeders nicht berührte Personeneinheit; eine Kündigung oder eine Ausschließung findet bei ihr nicht statt (§ 505). Auch kommt ihre Personeneinheit in der Geltung von Mehrheitsbeschlüssen und in der Einrichtung einer ständigen Repräsentation zum Ausdruck. Allein sie ist nicht nur keine juristische Person, sondern bleibt auch hinter der offenen Handelsgesellschaft an einheitlicher Rechts- und Handlungsfähigkeit zurück. Denn sie entbehrt der kaufmännischen Firma; die jeweiligen einzelnen Mitreeder erscheinen auch nach außen als Gemeinschaftsträger und werden im Schiffsregister als Eigentümer nach Anteilen eingetragen. Darum ist ihr Recht nicht aus dem Handelsgesellschaftsrecht, sondern aus dem bürgerlichen Gesellschaftsrecht zu ergänzen.

Begründet wird die Reederei durch formfreien Vertrag. Ein Gesellschaftsvertrag ist unerläßlich; erst durch ihn entsteht z. B. eine Reederei unter Miterben, denen ein Schiff gehört. Entstehung und Veränderung sind in das Schiffsregister einzutragen.

Die Schiffsparten lauten auf feste (oft sehr ungleiche) Bruchteile; sie sind frei veräußerlich, vererblich und teilbar; das vom älteren Recht ausgebildete gesetzliche Vorkaufsrecht ist aufgehoben, jede Veräußerung aber, durch die das Schiff sein Flaggenrecht verlöre, ist nur mit Zustimmung aller Mitreeder zulässig (§ 503). Wenn eine Schiffspart auf andere Weise (z. B. durch Erbgang) auf einen Ausländer übergeht oder der Eigentümer einer Schiffspart die Reichsangehörigkeit verliert und die übrigen Schiffsparten noch wenigstens zwei Drittel betragen, so behält das Schiff noch ein Jahr lang das Flaggenrecht; die übrigen Mitreeder können nach sechs Monaten auf Grund eines Mehrheitsbeschlusses sich vom Registergericht ermächtigen lassen, die Schiffspart für Rechnung des Eigentümers öffentlich an einen Inländer zu versteigern (Flaggenges. § 3).

Mit dem Eigentum an einer Schiffspart wird von Rechts wegen die Mitreederschaft verloren und erworben; im Verhältnis zu den Mitreedern aber gilt bis zur Anzeige durch Veräußerer und Erwerber noch der Veräußerer als Mitreeder; doch ist neben ihm der Erwerber schon vom Zeitpunkt des Erwerbes an als Mitreeder verpflichtet (BGB. § 504).

Im inneren Verhältnis ist die Reederei eine Erwerbsgesellschaft. Jeder Mitreeder hat nach Verhältnis seiner Schiffspart zu den Ausgaben der Reederei beizutragen (§ 500) und nimmt in demselben Verhältnis an Gewinn und Verlust teil (§ 502). Die Angelegenheiten der Reederei werden durch Beschlußfassung der Mitreeder geregelt; dabei entscheidet Stimmenmehrheit nach Anteilen, so daß ein Reedereibeschluß vorhanden ist, wenn dem oder den Zustimmenden mehr als die Hälfte des Schiffes gehört; nur zu Beschlüssen, die eine Abänderung des Reedereivertrages bezwecken oder dessen Bestimmungen entgegen oder dem Zwecke der Reederei fremd sind, ist Einstimmigkeit erforderlich (§ 491). Wird aber eine neue Reise oder nach beendeter Reise die Reparatur des Schiffes oder die Befriedigung eines Gläubigers, dem nur das Schiffsvermögen haftet, beschlossen, so kann der überstimmte Mitreeder sich durch unentgeltlichen Verzicht auf seine Schiffspart von den zur Ausführung des Beschlusses erforderlichen Einzahlungen befreien; er muß dies binnen drei Tagen gerichtlich oder notariell der Reederei erklären; seine Schiffspart fällt dann den übrigen Mitreedern verhältnismäßig an (§ 501). Weiter geht die im älteren Recht anerkannte Befugnis der überstimmten Minderheit, das Schiff auf ein Geld zu setzen, d. h. es zu einem Geldpreise zu veranschlagen, zu dem die Mehrheit es entweder unter Auszahlung der Anteile der Minderheit übernehmen oder gegen Auszahlung der eigenen Anteile an die Minderheit überlassen muß. Dieses Setzungsrecht gilt in Mecklenburg fort

(EG. Art. 19, Mecklenb.-Schwer. AV. v. 9. April 1899 §§ 10—20). Anderswo kann es durch den Reedereivertrag begründet werden.

Als Vertreter und Geschäftsführer der Reederei kann ein Korrespondentreeder (Schiffsdirektor, Schiffsdisponent) bestellt werden; in Mecklenburg ist seine Bestellung obligatorisch. Die Bestellung erfolgt durch Mehrheitsbeschluß; wenn jedoch eine Person, die nicht Mitreeder ist, bestellt werden soll, nur durch einstimmigen Beschluß; sie kann jederzeit durch Mehrheitsbeschluß widerrufen werden (§ 492). Der Korrespondentreeder vertritt die Reederei in gesetzlich bestimmtem Umfange bei solchen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Geschäftsbetrieb einer Reederei gewöhnlich mit sich bringt; eine Beschränkung seiner Befugnis kann einem Dritten nur entgegengesetzt werden, wenn dieser sie beim Geschäftsabschlusse kannte (§§ 493—495). Der Reederei gegenüber ist er zur Einhaltung ihm gesetzter Beschränkungen, zur Ausführung der gefaßten Beschlüsse und zur Einholung solcher Beschlüsse in gewissen wichtigeren Fällen verpflichtet; er muß die Sorgfalt eines ordentlichen Reeders anwenden; auch hat er Buch zu führen, jedem Mitreeder Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen (§§ 496—499).

Die Haftung der Mitreeder Dritten gegenüber richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen über Reederhaftung; die Mitreeder haften also zu gesamter Hand mit dem Schiffsvermögen, insoweit aber, als persönliche Haftung des Reeders eintritt, zugleich als einzelne persönlich. Allein die persönliche Haftung trifft die Mitreeder nur nach Anteilen (§ 507 Abs. 1). Für eine persönliche Verbindlichkeit, die zwischen der Veräußerung einer Schiffspart und ihrer Anzeige entstanden ist, haften zu dem betreffenden Anteil Veräußerer und Erwerber als Gesamtschuldner (§ 507 Abs. 2). In Reedereiangelegenheiten kann jeder Mitreeder beim Gericht des Heimatshafens belangt werden (§ 508).

Beendigt wird die Rederei durch Reedereibeschluß, zu dem Stimmenmehrheit ausreicht. Als Auflösungsbeschluß gilt auch der Beschluß, das Schiff zu veräußern. Wird die Auflösung beschlossen, so muß, wenn nicht alle Mitreeder über ein anderes Verfahren einig sind, das Schiff öffentlich verkauft werden, darf jedoch der Verkauf, falls nicht das Schiff als reparaturunfähig oder reparaturunwürdig kondemniert ist, nicht erfolgen, während das Schiff zu einer Reise verfrachtet ist oder sich im Auslande befindet (§ 506). Der Erlös und sonstiges Reedereivermögen wird nach Schiffsparten geteilt. Beendigungsgründe sind auch der Untergang des Schiffes und die Vereinigung aller Schiffsparten in einer Hand.

Das Reedereirecht findet teilweise schon auf eine Schiffsbaugesellschaft Anwendung, die für gemeinschaftliche Rechnung ein Schiff zum künftigen Reedereibetriebe erbauen läßt; auch ein Korrespondentreeder kann für sie schon bestellt werden (§ 509).

Literatur: Lewis b. Endemann IV 53 ff. Wagner, Handb. I §§ 23—29, Pappenheim II § 7 V. K. Lehmann § 68. Cosack § 201.

§ 92. Der Schiffer.

1. Seerecht. Der Führer eines Seeschiffes hat als „Schiffer" („Schiffskapitän") eine verantwortungsreiche Stellung, mit der das öffentliche Seerecht eine Fülle besonderer Pflichten und Rechte verknüpft. Aber auch in privatrechtlicher Hinsicht gelten für ihn seehandelsrechtliche Sondervorschriften. Dabei geht das HGB. von dem Falle aus, daß der Schiffer kraft eines Dienstvertrages Angestellter des Reeders ist. Dies Verhältnis liegt auch vor, wenn der Schiffer zugleich Mitreeder ist. Doch finden die Vorschriften des HGB., soweit sie nicht einen Dienstvertrag voraussetzen, auf jeden Schiffer uud insbesondere auch auf den Schiffer, der ein eigenes Schiff führt, Anwendung.

Der Schiffer hat alle ihm obliegenden Pflichten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers zu erfüllen und haftet für jeden von ihm verschuldeten Schaden (§ 511). Die eigentümliche Selbständigkeit seiner Rechtsstellung zeigt sich darin, daß diese Haftung nicht nur gegenüber dem Reeder, sondern gegenüber allen Beteiligten (dem Befrachter, Ablader und Ladungsempfänger, dem Reisenden, der Schiffsbesatzung und dem Gläubiger aus Kreditgeschäft) besteht, und daß der Schiffer durch eine von ihm befolgte Anweisung des Reeders den übrigen Beteiligten gegenüber nicht befreit wird (§ 512). Im einzelnen hat der Schiffer für Seetüchtigkeit, gehörige Ausrüstung, Bemannung, Verproviantierung und Legitimation des Schiffes,

für Stauung nach Seemannsgebrauch, für Beobachtung auch ausländischer Vorschriften und für rechtzeitigen Antritt und ordnungsmäßige Ausführung der Reise zu sorgen (§§ 513—516). Er muß die Führung des Schiffes persönlich besorgen; bei Gefahr und auf See muß er außer dem Falle dringender Notwendigkeit an Bord sein; im übrigen darf er vom Beginn des Ladens bis zur Beendigung des Löschens das Schiff nicht gleichzeitig mit dem Steuermann verlassen, ausgenommen in dringenden Fällen nach Bestellung eines geeigneten Vertreters; hält er bei Gefahr einen Schiffsrat, so kann dieser ihn weder binden noch entbinden (§§ 517—518). Ihn trifft ferner eine doppelte Beurkundungspflicht. Einmal ist, soweit nicht kleinere Fahrzeuge durch Landesgesetz befreit sind, auf jedem Schiffe ein Tagebuch zu führen, in das täglich alle für die Reise erheblichen Begebenheiten einzutragen sind; die Führung erfolgt regelmäßig durch den Steuermann unter Aufsicht des Schiffers, beide aber haben zu unterschreiben (§§ 519 bis 521). Sodann hat der Schiffer unverzüglich bei jedem für Schiff oder Ladung nachteiligen Unfall unter Zuziehung aller Personen der Schiffsbesatzung oder doch einer genügenden Anzahl von ihnen im Bestimmungshafen, Nothafen oder am ersten geeigneten Orte eine Verklarung (Seeprotest) abzulegen; die Verklarung findet im Gebiete des HGB. vor Gericht (sonst vor der örtlich zuständigen Behörde) statt, muß alle zur Aufklärung dienlichen Tatsachen feststellen und ist vom Schiffer und den sonst zugezogenen Personen zu beschwören (§§ 522 bis 525). Der Schiffer ist endlich dem Reeder zur Einhaltung der ihm auferlegten Beschränkungen, zur Benachrichtigung von wichtigen Vorfällen, zur Einholung von Verhaltungsmaßregeln, soweit dies tunlich ist, und zur Rechnungslage verpflichtet (§ 534), muß alle empfangene Vergütung (einschließlich „Kaplaken" und „Primage") herausgeben (§ 543) und darf keine Güter für eigene Rechnung verladen (§ 544); zugleich aber schuldet er den Ladungsbeteiligten möglichste Fürsorge für das Beste der Ladung (§ 535 Abs. 1).

Den Pflichten des Schiffers entsprechen Befugnisse, die sowohl dem Reeder wie den Ladungsbeteiligten gegenüber in bestimmtem Umfange gesetzlich festgesetzt sind. Innerhalb seines gesetzlichen Befugnisbereiches vertritt er ohne besondere Vollmacht den Reeder mit der Wirkung, daß durch ein von ihm geschlossenes Rechtsgeschäft der Reeder berechtigt und mit dem Schiffsvermögen verpflichtet, er selbst dagegen nicht verpflichtet wird (§ 533); Beschränkungen kann der Reeder einem Dritten nur entgegensetzen, soweit sie diesem bekannt waren (§ 531). Diese gesetzliche Vollmacht des Schiffers erstreckt sich, solange das Schiff sich im Heimatshafen befindet, nur auf die Annahme der Schiffsmannschaft (§ 526); außerhalb des Heimatshafens umfaßt sie alle Geschäfte und Rechtshandlungen zur Ausrüstung, Bemannung und Verproviantierung des Schiffes und zur Ausführung der Reise mit Einschluß von Frachtverträgen und Klagen (§ 527); ferner Kreditgeschäfte aller Art (Darlehen, Borgkäufe, Bodmerei), wenn und soweit sie zur Erhaltung des Schiffes oder zur Ausführung der Reise notwendig sind (§ 528); endlich den Verkauf des Schiffes in öffentlicher Form, sobald eine dringende Notwendigkeit vorliegt und gehörig festgestellt ist (§ 530). Den Ladungsbeteiligten gegenüber ist der Schiffer insbesondere befugt, zur Abwendung oder Verringerung eines Verlustes der Ladung selbst Güter zu löschen oder äußerstenfalls zu verkaufen oder zu verbodmen, auch ihre Wiedererlangung gerichtlich oder außergerichtlich zu betreiben, bei einer durch Zufall veränderten Richtung der Reise den Umständen nach zu verfahren und in Notfällen auch behufs Fortsetzung der Reise Güter zu verbodmen oder zu verkaufen (§§ 535—542).

Die Entlassung des Schiffers durch den Reeder kann selbst bei gegenteiliger Abrede jederzeit erfolgen, jedoch unbeschadet seines Anspruchs auf Entschädigung (§ 545). Was der Schiffer im Falle vorzeitiger Entlassung an Heuer und sonstiger Vergütung (insbesondere für Rückbeförderung) zu fordern hat, ist je nach dem Grunde der Entlassung genau bestimmt (§§ 546—550, zum Teil abgeändert durch Novelle vom 2. Juni 1902); ist er vertragsmäßig als Mitreeder beteiligt, so kann er Übernahme seiner Schiffspart zum Schätzungswert verlangen (§ 552). Nach Ablauf längerer Zeit kann der auf unbestimmte Zeit angestellte Schiffer seinerseits die Entlassung fordern (§ 551). Besonders geregelt sind die Verpflichtungen des Reeders im Falle der Erkrankung oder Verwundung des Schiffers (§§ 553—553 b nach Novelle vom 2. Juni 1902) und im Falle seines Todes (§ 554), sowie die Pflichten und Rechte des Schiffers, die noch nach dem Verluste des Schiffes bestehen (§ 555).

2. Binnenschiffahrtsrecht. Der Führer eines Binnenschiffes, der gleichfalls „Schiffer" heißt, hat gegenüber dem Schiffseigner und allen anderen Beteiligten eine ähnliche Rechtsstellung wie der Seeschiffer (BSchG. §§ 7—20). Doch ist er minder selbständig und wird daher regelmäßig durch eine Anweisung des Schiffseigners den übrigen Beteiligten gegenüber gedeckt (§ 7 Abs. 2). Seine Verpflichtungen hinsichtlich der Fürsorge für Schiff, Reise und Ladung sind den Verhältnissen der Binnenschiffahrt angepaßt (§§ 8—10); bei einem Unfall ist er immer berechtigt, aber nur auf Verlangen des Schiffseigners oder eines Ladungsbeteiligten verpflichtet, eine der Verklarung ähnliche Beweisaufnahme herbeizuführen (§§ 11 bis 14). Auch er hat kraft seiner Anstellung gesetzliche Befugnisse, deren vertragsmäßige Einschränkung einem Dritten nur im Falle der Kenntnis entgegengehalten werden kann; doch hat seine gesetzliche Ermächtigung zur Vertretung des Schiffseigners einen weit geringeren Umfang als nach Seerecht und erstreckt sich nur auf die Ausstellung von Ladescheinen und auswärts auf die Einziehung von Frachtforderungen und auf die Vornahme der zur Ausführung der Reise erforderlichen Geschäfte und Rechtshandlungen, dagegen niemals auf den Abschluß von Frachtverträgen und auf die Verpfändung oder Veräußerung des Schiffes (§§ 15—19). Als Vertreter der Ladungsbeteiligten kann er nur, wenn die Einholung einer Anweisung untunlich ist, selbständig die zur Anwendung oder Verringerung eines Verlustes erforderlichen Maßregeln treffen (§ 10 Abs. 3). Für sein Dienstverhältnis gilt die Gewerbeordnung mit einigen Abweichungen; gleich dem Seeschiffer kann er unbeschadet seiner Entschädigungsansprüche jederzeit entlassen werden (§ 20).

Der Floßführer kann Angestellter des Floßeigentümers oder eines Frachtflößers, der die Beförderung des Floßes übernommen hat, oder selbst Frachtflößer sein (FlG. § 1). Er hat gesetzliche Verpflichtungen, für deren Erfüllung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Floßführers er gleichfalls allen Beteiligten (dem Dienstherrn, dem Absender, dem Empfänger, der Floßmannschaft) haftet (§§ 2—14). Eine gesetzliche Vertretungsbefugnis hat er nicht (§ 15). Dienstverhältnis wie beim Binnenschiffer (§ 16).

Literatur: Lewis b. Endemann IV 74 ff. Wagner, Handb. I §§ 34—38, 43—44, 48—59, Pappenheim II §§ 31 ff. Cosack § 37. K. Lehmann §§ 46—48. L. Perels, Die Stellung des Kapitäns im deutschen Seehandelsrecht, Z. f. HR. LVII 336 ff., LVIII 1 ff.

§ 93. Die Schiffsoffiziere und die Schiffsmannschaft.

1. Seerecht. Das alte HGB. enthielt einen besonderen Titel über die „Schiffsmannschaft" (Tit. 4 Art. 528—556), der aber schon durch die Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872 aufgehoben und ersetzt wurde. An ihrer Stelle ist mit dem 1. April 1903 die neue Seemannsordnung vom 2. Juni 1902 in Kraft getreten (mit einzelnen Abänderungen durch RG. v. 23. März 1903 u. 12. Mai 1904). Sie ist ein umfassendes Spezialgesetz, das Privatrecht und öffentliches Recht enthält.

Seit alter Zeit bildet die Schiffsbesatzung eine personenrechtliche Gemeinschaft, die im Mittelalter genossenschaftlich organisiert war, heute dagegen einen Herrschaftsverband darstellt. Das Haupt dieser Gemeinschaft ist der Schiffer oder sein Stellvertreter (zunächst der Steuermann) als „Kapitän"; die übrigen ihr angehörigen Personen (früher als „Schiffsmannschaft" zusammengefaßt) zerfallen in die „Schiffsoffiziere" und die „Schiffsmannschaft" (§ 2). Zu den Schiffsoffizieren, auf die übrigens insoweit, als nichts Besonderes bestimmt ist, die für die Schiffsmannschaft geltenden Regeln Anwendung finden (§ 3 Abs. 2 S. 2), werden die eines staatlichen Befähigungsnachweises (§ 4) bedürftigen Personen, die zur Unterstützung des Kapitäns in der Schiffsführung angestellt sind, sowie die Ärzte, Proviant- und Zahlmeister gerechnet. Zur Schiffsmannschaft gehören alle anderen auf dem Schiff angestellten Personen außer den Lotsen, mithin nicht bloß (wie früher) die Seefahrer (Vollmatrosen, Leichtmatrosen, Schiffsjungen), sondern auch sonstige männliche und weibliche Bedienstete. Der Kapitän ist der Vorgesetzte aller Schiffsoffiziere und Schiffsleute, jeder Schiffsoffizier Vorgesetzter sämtlicher Schiffsleute; weitere Verhältnisse dienstlicher Über- und Unterordnung können vom Reeder oder Kapitän festgesetzt werden (§ 3). Grundlage der Rechtsstellung als Schiffsoffizier oder Schiffsmann ist ein mit dem Schiffer als Vertreter des Reeders oder mit

dem Reeder selbst geschlossener privatrechtlicher Dienstvertrag („Heuervertrag"). Allein weil dieser Vertrag die Einordnung in die Schiffsgemeinschaft und damit eine weitgehende personenrechtliche Gebundenheit bewirkt, sind der Vertragsfreiheit enge Grenzen gezogen; sämtliche Vorschriften der Seemannsordnung sind im Zweifel zwingendes Recht (§ 1). Und weil die Schiffsgemeinschaft zugleich als ein in das öffentliche Recht hineinreichender Verband erscheint, findet eine staatliche Aufsicht und Mitwirkung statt; Organe derselben sind die Seemannsämter (Landesbehörden unter Oberaufsicht des Reichs, in den Schutzgebieten vom Reichskanzler bestellte Behörden, im Auslande die Konsulate; § 5).

Öffentlicher Kontrolle unterliegt insbesondere die Begründung und Beendigung des Dienstverhältnisses. Jeder Schiffsmann bedarf eines vom Seemannsamt ausgestellten „Seefahrtsbuches"; der deutsche Schiffsmann muß das 14. Lebensjahr vollendet haben und, wenn er minderjährig ist, die Ermächtigung seines gesetzlichen Vertreters, die aber ein für allemal gilt, nachweisen (§§ 7—11). Der Kapitän hat die „Musterung" bei dem Seemannsamte zu bewirken; die „Anmusterung" erfolgt durch Verlautbarung des Heuervertrages, die „Abmusterung" durch Verlautbarung seiner Beendigung; die Anmusterungsverhandlung wird als „Musterrolle" für den Kapitän ausgefertigt, die Abmusterung in der Musterrolle und im Seefahrtsbuch vermerkt (§§ 12—26).

Der Abschluß des Heuervertrages selbst ist formfrei; doch muß der Kapitän dem Schiffsmann einen unterschriebenen „Heuerschein" geben. Die Gültigkeit des Vertrages hängt von der Anmusterung nicht ab. Der Vertrag kann für eine bestimmte Reise oder auf Zeit, bei unbestimmter Zeit nur mit Kündigungsvorbehalt geschlossen werden; Kündigungsfristen und sonstige die Lösung betreffende Zeitbestimmungen müssen für beide Teile gleich bemessen sein. Fehlt es an einer ausdrücklichen Heuervereinbarung, so gilt die im Anmusterungshafen übliche Heuer als vereinbart. Wird ein Schiffsmann erst nach Anfertigung der Musterrolle geheuert, so gelten für ihn mangels anderer Abrede überhaupt die laut Musterrolle mit der übrigen Schiffsmannschaft vereinbarten Vertragsbestimmungen. (Vgl. §§ 27—31.)

Der Schiffsmann ist verpflichtet, die bedungenen Dienste zu leisten. Tritt er den Dienst nicht rechtzeitig an, so kann bei einer Verzögerung von mehr als 24 Stunden der Kapitän oder Reeder zurücktreten; auf Antrag des Kapitäns kann aber der Schiffsmann auch durch das Seemannsamt (eventl. die Ortspolizeibehörde) zwangsweise zum Antritt und zur Fortsetzung des Dienstes angehalten werden (§ 32—33). Der Schiffsmann schuldet strengen dienstlichen Gehorsam (§ 34). Das Gesetz schützt ihn aber gegen übermäßige Anforderungen durch genaue Vorschriften über die Normalarbeitszeit, den Wachtdienst, die Sonntagsruhe und die bei Gefahr und bei Verlust des Schiffes geschuldeten außerordentlichen Dienstleistungen (§§ 35—42). Außerdem ist der Schiffsmann zur Nüchternheit und zu anständigem Betragen verpflichtet (§ 85), muß erforderliche Mitteilungen wahrheitsgemäß machen (§ 86) und darf ohne Erlaubnis nicht Güter für eigne Rechnung mitführen oder verbotene Sachen an Bord bringen (§§ 87—88).

Der Schiffsmann ist berechtigt, Vergütung zu fordern. Die bedungene Heuer mindert sich durch Rangherabsetzung wegen Unfähigkeit, erhöht sich dagegen durch verdienten Überstundenlohn, durch Verringerung der Mannschaft während der Reise und bei mehr als zweijähriger Abwesenheit des Schiffs durch gesetzliches Aufrücken in eine höhere Rang- oder Gehaltsstufe; im Zweifel ist die Heuer erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses fällig, doch kann der Schiffsmann ortsgebräuchliche Vorschußzahlungen oder Handgelder fordern; über die verdiente Heuer und die auf sie geleisteten Zahlungen ist ein Abrechnungsbuch anzulegen und auf Verlangen überdies dem Schiffsmann ein Heuerbuch einzuhändigen (§§ 44—53). Ein dem Schiffsmann zugesagter Anteil an Fracht oder Gewinn gilt nicht als Heuer (§ 81). Der Schiffsmann hat ferner Anspruch auf Beköstigung und Logisraum, bei notwendigen Entbehrungen auf besondere Vergütung (§§ 54—57); ein Schiffsoffizier oder mindestens drei Schiffsleute sind zur Erhebung einer Beschwerde wegen Seeuntüchtigkeit des Schiffes oder wegen ungenügender oder verdorbener Vorräte bei dem Seemannsamte befugt, das das Ergebnis der Untersuchung in das Schiffstagebuch einzutragen und bei begründeter Beschwerde für Abhilfe zu sorgen hat (§ 58). Im Falle der Erkrankung oder Verletzung hat der Schiffsmann Anspruch auf kostenfreie Verpflegung und Heilbehandlung für 3 bis 6 Monate sowie auf Rückbeförderung

und auf Fürsorge, wenn er am Lande zurückgelassen werden muß (§§ 59—63). Stirbt der Schiffsmann, so hat der Kapitän für gehörige Bestattung und für Sicherung des Nachlasses zu sorgen (§§ 64—65).

Die Beendigung des Dienstverhältnisses durch Ablauf der Dienstzeit oder Verlust des Schiffes, die Gründe, aus denen der Schiffsmann vorzeitig entlassen werden oder vorzeitige Entlassung fordern kann, und die in jedem Falle dem Schiffsmann in Ansehung der Heuer und etwaiger freier Rückbeförderung zustehenden Ansprüche sind im Gesetz genau geregelt (§§ 66—80). Außerhalb des Reichsgebiets darf ein Schiffsmann regelmäßig nur mit Genehmigung des Seemannsamtes zurückgelassen werden (§ 83).

Dem Kapitän steht eine Disziplinargewalt über den Schiffsmann zu; die Ausübung dieser Gewalt, die Disziplinarfälle und die zulässigen Disziplinarmaßregeln sind in einem besonderen Abschnitt der Seemannsordnung geregelt (§§ 84—92).

Außerdem enthält die Seemannsordnung ein umfangreiches Sonderstrafrecht, durch das Schiffsleuten, Schiffsoffizieren, Kapitänen und Reedern für schwerere Pflichtverletzungen Strafen gedroht werden und das bei den Seemannsämtern stattfindende Verfahren zur Untersuchung und vorläufigen Straffestsetzung geordnet wird (§§ 93—127).

Die Stellenvermittlung für Schiffsleute ist durch ein besonderes RG. vom 2. Juni 1902 als konzessionspflichtiges Gewerbe geregelt.

2. Binnenschiffahrtsrecht. Die Schiffsmannschaft der Binnenschiffe untersteht der Gewerbeordnung; indes gelten einzelne besondere Rechtssätze hinsichtlich des Dienstantritts (Rücktrittsrecht des Dienstherrn bei einer Verzögerung über 24 Stunden), der dienstlichen Verpflichtungen des Schiffsmanns, der Lohnzahlung (im Zweifel am Schluß jeder zweiten Woche zu verlangen) und der Beendigung des Dienstverhältnisses (auch durch grundlose Entlassung, unbeschadet der Entschädigungsansprüche; BSchG. §§ 22—25). — Ganz ähnliche Bestimmungen trifft das Flößereigesetz (§§ 17—21) für die Floßmannschaft.

Literatur: Lewis b. Endemann IV 104 ff. Wagner, Handb. I §§ 52, 60, Pappenheim II §§ 31—40. Cosack §§ 38—39. K. Lehmann § 49. Komm. zur SeemO. von Löwe, v. Hippel, L. Perels, Leo.

§ 94. Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern.

1. Seefrachtvertrag. Der Vertrag über die Beförderung von Gütern zur See wird zwischen einem „Verfrachter" (dem Reeder oder Ausrüster) und einem „Befrachter" geschlossen; als Vertreter des Befrachters bei der Übergabe der Güter kommt ein besonderer „Ablader", als Vertreter des Empfängers bei der Entgegennahme ein besonderer „Abnehmer" vor.

Es gibt zwei Arten des Seefrachtvertrages (§ 556). Die eine ist die Charterung, bei der das Schiff im ganzen (außer der Kajüte, § 558) oder zu einem verhältnismäßigen Teil oder ein bestimmter Schiffsraum verfrachtet wird, die andere der Stückgütervertrag, der sich auf die Beförderung bestimmter einzelner Güter richtet. Auch die Charterung hat zu ihrem eigentlichen Gegenstande die Beförderung der einzuladenden Güter, ist daher Werkvertrag, nicht Sachmiete.

Einer Form bedarf der Frachtvertrag nicht. Doch kann bei der Charterung jeder Teil die Errichtung einer schriftlichen Urkunde verlangen, die den Namen „Chartepartie" (von carta partita, der einst im Zickzack zerschnittenen Doppelurkunde) führt (§ 557).

Die Verbindlichkeiten des Verfrachters richten sich auf Ausführung des Transportes und auf Bewahrung des Gutes. Der Verfrachter muß das Schiff in seetüchtigem Stande liefern (§ 559) und an den ihm angewiesenen oder ortsüblichen Ladungsplatz hinlegen (§ 560). Er hat sodann die Güter, die ihm kostenfrei bis an das Schiff zu liefern sind, auf seine Kosten einzuladen (§ 561); statt der beredeten Güter muß er andere nehmen, wenn dadurch seine Lage nicht erschwert wird (§ 562); seinerseits darf er ohne besondere Erlaubnis die Güter nicht in ein anderes Schiff verladen (§ 563), sie auch nicht auf das Verdeck legen oder an die Seiten des Schiffes hängen (§ 566). Der Befrachter oder Ablader, der schuldhafterweise die Güter unrichtig bezeichnet oder Kriegskonterbande oder sonst verbotene Güter verlädt oder Polizei-, Zoll- oder Steuergesetze übertritt, haftet nicht bloß dem Verfrachter, sondern auch allen übrigen Beteiligten für den Schaden (§ 563). Bei der Charterung hat der Verfrachter während einer

Wartezeit, die mit dem Tage nach der Anzeige der Ladebereitschaft beginnt, auf die Ladung zu warten; als Wartezeit gilt stets zunächst die bedungene oder örtlich vorgeschriebene „Ladezeit", während deren der Verfrachter unentgeltlich warten muß, außerdem aber im Falle der Vereinbarung eine weitere, im Zweifel 14 Tage betragende „Überliegezeit", während deren der Verfrachter Anspruch auf eine Vergütung („Liegegeld") hat; zur Verladung ungeeignete Tage werden nicht eingerechnet; nach Ablauf der Wartezeit braucht der Verfrachter, falls er dies drei Tage vorher dem Verfrachter erklärt hat, nicht länger zu warten, kann vielmehr die Reise auch ohne vollständige Ladung antreten und trotzdem volle Fracht nebst Liegegeld sowie überdies Ersatz etwaiger Mehrkosten (z. B. für Ballast) und Sicherstellung wegen nicht zureichender Pfanddeckung fordern; auf Verlangen des Befrachters muß er aber auch die Reise ohne volle Ladung antreten, hat jedoch dann die gleichen Ansprüche (§§ 567—579). Bei dem Stückgütervertrage besteht keine Wartezeit; der Befrachter muß die Abladung ohne Verzug auf die Aufforderung des Schiffers bewirken, widrigenfalls der Verfrachter abreisen und, wenn er dies vorher angezeigt hat, gleichwohl die volle Fracht fordern kann (§ 588). Nach der Ankunft im Löschungshafen hat der Schiffer das Schiff an den angewiesenen oder ortsüblichen Löschungsplatz hinzulegen (§ 592); die Kosten der Ausladung trägt im Zweifel der Verfrachter, die übrigen Löschungskosten der Empfänger (§ 593). Bei der Charterung läuft vom Tage nach der Anzeige der Löschbereitschaft eine Löschzeit und im Falle der Vereinbarung überdies eine Überliegezeit, für die gleiche Regeln wie für die Wartezeit bei der Ladung gelten; nach Ablauf der Wartezeit ist bei Verzug des Empfängers der Verfrachter berechtigt und, wenn der Empfänger ausdrücklich die Annahme verweigert oder auf gehörige Anzeige sich nicht erklärt oder nicht zu ermitteln ist, sogar verpflichtet, unter Benachrichtigung des Empfängers und eventuell zugleich des Befrachters die Güter in einem öffentlichen Lagerhause oder sonst in sicherer Weise zu hinterlegen (§§ 594—603). Für Stückgüter gilt auch hier keine Wartezeit (§ 604). — Die Haftung des Verfrachters für Verlust oder Beschädigung von Gütern entspricht hinsichtlich des Umfanges seiner Verantwortlichkeit und hinsichtlich der Bemessung des zu leistenden Schadensersatzes der Haftung des Frachtführers (vgl. oben § 85 Z. 3 b); der Verfrachter ist aber insofern günstiger gestellt, als alle Ansprüche wegen Beschädigung oder teilweisen Verlustes, mag der Mangel äußerlich erkennbar sein oder nicht, erlöschen, wenn vor der Übernahme der Güter eine amtliche Besichtigung, die sowohl der Empfänger wie der Schiffer veranlassen kann, nicht stattgefunden hat und der Empfänger nicht spätestens am zweiten Werktage nach der Übernahme die nachträgliche Besichtigung erwirkt; nur die Haftung aus Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit einer Person der Schiffsbesatzung bleibt vorbehalten (§§ 606—613).

Die Rechte des Verfrachters richten sich auf Bezahlung der bedungenen oder üblichen Fracht mit Nebengebühren und etwaigem Liegegelde, auf Erstattung der Auslagen, zu denen jedoch die gewöhnlichen und ungewöhnlichen Kosten der Schiffahrt nicht gehören, und auf Ersatz des vom Befrachter oder Ablader verschuldeten Schadens; eine außerordentliche Vergütung wie Kaplaken oder Prämien, kann er nur kraft besonderer Abrede fordern (§§ 614, 619—622, 563). Ausgelaufene Behältnisse, die mit flüssiger Ware gefüllt waren, muß er an Zahlungs Statt nehmen; im übrigen können ihm (abweichend vom älteren Recht) Frachtgüter nicht an Zahlungs Statt aufgedrungen werden (§ 616). Die Fracht für Güter, die durch einen Unfall verloren gegangen sind, ist nach alter Regel nicht verdient, kann daher vom Verfrachter nicht gefordert und muß von ihm im Falle der Vorauszahlung zurückgezahlt werden; doch gilt eine Ausnahme für Güter, deren Verlust infolge ihrer natürlichen Beschaffenheit eingetreten ist, und für gestorbene Tiere (§§ 617—618). Die Ansprüche des Verfrachters gehen gegen den Befrachter; er braucht aber die Güter dem Empfänger nur gegen Zahlung von Fracht und Spesen sowie nach Bezahlung oder Sicherstellung der auf den Gütern haftenden Havereibeiträge, Bergungs- und Hilfskosten und Bodmereigelder auszuliefern (§ 614 Abs. 2, § 615); im Falle des Streites über seine Forderungen muß er ausliefern, sobald die streitige Summe öffentlich hinterlegt ist (§ 624). Hat er ausgeliefert, so wird ihm der Empfänger durch die Annahme der Güter persönlich nach Maßgabe des Frachtvertrages verpflichtet (§ 614 Abs. 1), während ihm ein Rückgriffsrecht gegen den Befrachter nur insoweit zusteht, als dieser sich mit seinem Schaden bereichern würde (§ 625). Hat er dagegen nicht ausgeliefert, so behält er, wenn der Empfänger zur Abnahme bereit ist, aber nicht zahlt, ein Rückgriffsrecht gegen den Befrachter wegen des

beim Pfandverkaufe erlittenen Ausfalles (§ 626); werden ihm die Güter überhaupt nicht abgenommen, so kann er unmittelbar vom Befrachter, der dann in Ansehung der Abnahme der Güter an Stelle des Empfängers tritt, Befriedigung fordern (§ 627). Wegen aller seiner Forderungen aus dem Frachtvertrage hat der Verfrachter ein gesetzliches Pfandrecht an den Gütern, das nicht nur so lange besteht, als die Güter zurückbehalten oder hinterlegt sind, sondern noch 30 Tage nach vollendeter Ablieferung dauert, insofern es während dieser Frist gerichtlich geltend gemacht wird und das Gut noch im Besitz des Empfängers ist (§ 623, § 627 Abs. 2 S. 2).

Besonderheiten gelten hinsichtlich der Aufhebung des Seefrachtvertrages. Zunächst hat der Befrachter ein Rücktrittsrecht gegen Zahlung der „Fautfracht" als Abstandssumme; die Fautfracht beträgt, wenn der Rücktritt vor Antritt der Reise erklärt wird, die halbe Fracht, nach Antritt der Reise die volle Fracht, jedoch bei einer zusammengesetzten Reise, wenn Rückreise oder Reise aus einem Abladungshafen bedungen ist, vor dieser Reise nur zwei Drittel der Fracht, sonst vor Antritt des letzten Reiseabschnittes die Fracht abzüglich eines angemessenen Bruchteils; die Reise gilt schon als angetreten, wenn der Schiffer abgefertigt oder ein Teil der Ladung geliefert und die Wartezeit verstrichen ist; außer der Fautfracht muß der Befrachter die entstandenen Kosten und die Kosten der Wiederausladung tragen, etwa verdientes Liegegeld zahlen und bei Überschreitung der Wartezeit oder Rücktritt nach Antritt der Reise sonstigen Schaden ersetzen; bei bloßer Teilcharterung, falls nicht alle Befrachter zurücktreten, und beim Stückgütervertrage ist der Rücktritt nur gegen Zahlung der vollen Fracht zulässig und insoweit, als Wiederausladung verlangt wird, dann ausgeschlossen, wenn dadurch eine Verzögerung der Reise bewirkt oder eine Umladung nötig würde (§§ 580—584, 586—587, 589). Der Verfrachter kann nur zurücktreten, wenn ihm bis zum Ablaufe der Wartezeit überhaupt keine Ladung geliefert ist, muß sich dann aber mit der Fautfracht begnügen (§ 585). — Der Frachtvertrag tritt ferner von selbst außer Kraft, wenn durch einen Zufall Schiff oder Güter verloren gehen, und kann von jedem Teil durch einseitige Rücktrittserklärung aufgelöst werden, wenn die Reise durch (staats- oder völkerrechtliche) „Verfügungen von hoher Hand" gehindert oder durch Kriegsausbruch gefährlich wird (doch ist der Rücktritt wegen einer Verfügung von hoher Hand vor Antritt der Reise nur, wenn das Hindernis nicht voraussichtlich von unerheblicher Dauer ist, nach Antritt der Reise erst nach Ablauf einer Wartefrist von drei Monaten in europäischen und fünf Monaten in außereuropäischen Häfen zulässig); in allen diesen Fällen besteht kein Anspruch auf Entschädigung; endet aber der Vertrag nach Antritt der Reise durch Untergang des Schiffes, so ist für gerettete oder geborgene Güter, soweit ihr Wert reicht, „Distanzfracht", d. h. Fracht im Verhältnis der zurückgelegten zur bedungenen Reise, zu entrichten; ebenso ist bei der Auflösung durch Rücktritt nach Antritt der Reise Distanzfracht zu zahlen, wobei der dem Bestimmungshafen nächste Punkt, den das Schiff erreicht hat, entscheidet; besondere Bestimmungen gelten bei Teilzufällen, Verzögerungen, Reparaturen, zusammengesetzten Reisen; Abweichungen treten bei der Teilcharterung und dem Stückgütervertrage ein (§§ 628—641).

Die Rechtsverhältnisse aus dem Seefrachtvertrage empfangen eine besondere Ausgestaltung durch das Konnossement, das sich im Seerecht allgemein ausgebildet hat, seitdem die Begleitung der Ladung durch einen Vertreter des Befrachters aufhörte. Das Konnossement ist eine vom Schiffer oder einem anderen Vertreter des Reeders ausgestellte Urkunde, in welcher der Empfang der Güter behufs Beförderung mit dem Schiff und Ablieferung an einen Empfänger bekannt wird (genaue Vorschriften über den Inhalt in § 643). Der Schiffer hat unverzüglich nach jeder Abladung dem Ablader ein Konnossement in so vielen gleichinhaltlichen Exemplaren, als dieser verlangt, auszustellen; er selbst erhält dafür den etwaigen vorläufigen Empfangsschein zurück und kann die Erteilung einer vom Ablader unterschriebenen Abschrift des Konnossements fordern (§ 642). Das Konnossement kann Rektapapier, Orderpapier oder Inhaberpapier sein; die Regel bildet das Orderkonnossement. Mangels anderer Vereinbarung ist es auf Verlangen des Abladers an die Order des Empfängers oder schlechthin an Order, worunter die Order des Abladers gemeint ist, zu stellen; es kann auch auf den Namen des Schiffers als Empfängers lauten (§ 644). — Jedes Konnossement ist ein Wertpapier, das als Warenpapier den Herausgabeanspruch in Ansehung der Güter verkörpert. Der Schiffer ist verpflichtet, im Löschungshafen die Güter dem legitimierten Inhaber auch nur eines Konnossements-

exemplars gegen Rückgabe des mit Empfangsbescheinigung versehenen Papiers auszuliefern; melden sich jedoch mehrere legitimierte Konnossementsinhaber, so muß er sie alle zurückweisen und die Güter hinterlegen (§§ 645, 646, 650). Anweisungen des Abladers wegen Rückgabe oder Auslieferung der Güter und Anforderungen eines Konnossementsinhabers auf Auslieferung vor Erreichung des Bestimmungshafens darf der Schiffer, falls das Konnossement an Order lautet, nur Folge leisten, wenn ihm sämtliche Konnossementsexemplare zurückgegeben werden; bei einem Rektakonnossement ist er zwar, wenn der Ablader und der benannte Empfänger einwilligen, zur Rückgabe oder Auslieferung auch ohne Konnossementsbeibringung verpflichtet, kann aber Sicherheitsleistung wegen zu besorgender Nachteile fordern (§§ 659—660). Hinsichtlich des sachenrechtlichen Erwerbs wirkt die Übergabe des Konnossements gleich der Übergabe der Güter (§ 647, vgl. oben § 70 a. E.); im Verhältnis mehrerer legitimierter Konnossementsinhaber zueinander geht in Ansehung der Wirkungen der Übergabe derjenige vor, an den der Schiffer vor der Anmeldung anderer Ansprüche die Güter ausgeliefert hat, bis zur Auslieferung aber derjenige, an den der gemeinschaftliche Vormann zuerst ein Exemplar unter Herstellung gehöriger Legitimation übergeben hat (§§ 648—649). — Das Konnossement ist gleichzeitig ein skripturrechtliches Verpflichtungspapier. Es verkörpert freilich nicht gleich dem Wechsel eine abstrakte, sondern eine kausale, von der versprochenen Gegenleistung abhängige Verpflichtung. Allein es verpflichtet seinem Wortlaut gemäß. Darum ist sein Inhalt für das Rechtsverhältnis zwischen Verfrachter und Empfänger maßgebend, so daß die nicht in das Konnossement aufgenommenen oder von ihm in bezug genommenen Bestimmungen des Frachtvertrages dem Empfänger gegenüber unwirksam sind, während sie für das Rechtsverhältnis zwischen Verfrachter und Befrachter maßgebend bleiben (§ 651). Der Verfrachter hat daher dem Inhalte des Konnossements gemäß zu liefern; er haftet dem Empfänger für die Richtigkeit der Bezeichnung der übernommenen Güter, selbst wenn er die Übereinstimmung der gelieferten Güter mit den empfangenen nachweist, und wird auch, wenn aus dem Konnossement die Übergabe in Verpackung oder geschlossenen Gefäßen ersichtlich ist, nur durch den Nachweis befreit, daß ungeachtet der Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers die Unrichtigkeit nicht wahrgenommen werden konnte (§§ 652—653). Die Verantwortlichkeit des Verfrachters kann jedoch durch besondere Konnossementsklauseln eingeschränkt werden; die Bedeutung der Klauseln „Inhalt unbekannt", „Zahl, Maß, Gewicht unbekannt", „frei von Bruch" oder „Leckage" oder „Beschädigung" ist gesetzlich festgestellt; sichtbare Mängel der äußeren Beschaffenheit muß der Schiffer im Konnossement bemerken, widrigenfalls er für sie trotz befreiender Klausel einstehen muß (§§ 654—658).

Schließt der Befrachter einen Unterfrachtvertrag (z. B. der Charterer einen Stückgütervertrag), so haftet für dessen Erfüllung, soweit sie zu den Dienstobliegenheiten des Schiffers gehört und von diesem (insbesondere durch Güterannahme und Konnossementsausstellung) übernommen ist, nicht der Unterverfrachter, sondern der Reeder mit dem Schiffsvermögen (§ 662).

Das Gesetz schränkt die Vertragsfreiheit nur in wenigen Punkten ein. Infolge hiervon pflegen die großen Reeder durch „Freizeichnungen" in Frachtverträgen und Konnossementen ihre Verpflichtungen weit unter das gesetzliche Maß herabzumindern und namentlich die Haftung für Verlust und Beschädigung fast völlig wegzubedingen.

2. Binnenschiffahrtsrecht. Auf das Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern auf Binnengewässern sind die Regeln des Seefrachtvertrages niemals unmittelbar anwendbar. Doch gelten für dasselbe dem Seerecht nachgebildete Sondervorschriften hinsichtlich der Unterscheidung von Charterung und Stückgütervertrag (letzterer wird aber bei einer Ladung von mehr als 10 000 kg Gewicht als Teilcharterung behandelt); hinsichtlich der Ausführung des Transports und insbesondere der Wartezeit (mit gesetzlicher, nach der Schwere der Ladung abgestufter Dauer der Lade- und Löschzeit und der Überliegezeit und mit gesetzlicher Regelung der Höhe des Liegegeldes); hinsichtlich des Rücktrittsrechts des Frachtführers nach Ablauf der Wartezeit und des willkürlichen Rücktrittsrechts des Absenders (wobei die Fautfracht im Falle der Charterung eines ganzen Schiffes nur ein Drittel, sonst die Hälfte beträgt); hinsichtlich der Auflösung des Frachtvertrages durch zufälligen Verlust des Schiffs oder des Guts oder durch dauernde Behinderung der Reise und der nach Beginn der Reise zu zahlenden Distanzfracht

(die seerechtliche Regel, nach der die Fracht auf der Ladung haftet, gilt nicht); vgl. BSchG. §§ 27—57, 64—71. Im übrigen finden teils unmittelbar die Vorschriften für das gewöhnliche Landfrachtgeschäft (§ 27), teils an sie anlehnende Sondervorschriften Anwendung (oben § 85).

Literatur: W. Lewis b. Endemann IV 123 ff.; Die neuen Konnossementsklauseln und die Stellung der Gesetzgebung ihnen gegenüber, 1885. Pappenheim, Z. f. HR. XLVI 255 ff. Wittmaack, ebenda LIII 337 ff. Boyens II 76—391. — Mittelstein, Z. f. HR. XLV 541 ff. — K. Lehmann §§ 207—213. Cosack §§ 133—143.

§ 95. Frachtgeschäft zur Beförderung von Reisenden. Die Beförderung von Reisenden zur See ist ein Frachtgeschäft.

Der Überfahrtsvertrag, den der Verfrachter mit einem Reisenden schließt, ist nach dem Vorbilde des Stückgütervertrages geregelt. Der Reisende kann, wenn er im Vertrage genannt ist, sein Recht nicht abtreten (§ 664). Er muß alle die Schiffsordnung betreffenden Anweisungen des Schiffers befolgen (§ 665). Bleibt er zurück, weil er vor oder während der Reise nicht rechtzeitig an Bord geht, so muß er das volle Überfahrtsgeld zahlen (§ 666). Dagegen ist nur das halbe Überfahrtsgeld (entsprechend der Fautfracht) zu zahlen, wenn er vor Antritt der Reise zurücktritt oder an der Reise verhindert wird (§ 667). Eine Auflösung des Vertrags ohne Entschädigungspflicht tritt von Rechts wegen ein, wenn das Schiff durch Zufall verloren geht, und kann durch Rücktritt des Reisenden, wenn die Reise durch Kriegsausbruch gefährdet oder durch Verfügung von hoher Hand aufgehalten wird, — durch Rücktritt des Verfrachters, wenn er die Reise aus einem derartigen Grunde aufgibt oder ohne Verschulden mit einem hauptsächlich zur Güterbeförderung bestimmten Schiff die Güterbeförderung nicht ausführen kann, herbeigeführt werden; in allen diesen Fällen hat, falls die Auflösung erst nach Antritt der Reise erfolgt, der Reisende das Überfahrtsgeld für die zurückgelegte Strecke (entsprechend der Distanzfracht) zu zahlen (§§ 668—670; über das Verhältnis bei Reiseunterbrechung durch Ausbesserung des Schiffs § 671). Auf das Reisegut finden die Regeln über Frachtgüter in Ansehung der Haftung des Verfrachters und des ihm zustehenden Pfandrechts entsprechende Anwendung (§§ 672—675). Die Überfahrtsgelder stehen der Fracht gleich (§ 677).

Die Charterung eines Schiffs, das einem Unternehmer zur Beförderung von Reisenden ganz oder teilweise oder auf eine unbestimmte Personenzahl verfrachtet wird, untersteht den für die Charterung zur Güterbeförderung geltenden Regeln, soweit die Natur der Sache ihre Anwendung zuläßt (§ 676).

Die Beförderung von Auswanderern, hinsichtlich deren das HGB. einen Vorbehalt für die Landesgesetze macht (§ 678), ist seitdem in der Hauptsache durch das Reichsgesetz über das Auswanderungswesen vom 9. Juni 1897 geregelt. Neben der Ordnung des (an frei versagbare Konzession gebundenen) Gewerbebetriebes der Unternehmer und Agenten enthält das Gesetz privatrechtliche Bestimmungen, die durch das Erfordernis der Schriftform für den Vertrag mit Auswanderern, durch Einschränkungen der Vertragsfreiheit, durch Schutz der Auswanderer gegen Nachteile aus Verzögerung oder Unterbrechung der Reise, durch Gewährung des Anspruchs auf Rückerstattung des vollen oder noch nicht verdienten Überfahrtsgeldes bei unverschuldeter Verhinderung an Antritt oder Fortsetzung der Reise und durch persönliche Haftbarmachung des Unternehmers wie des Schiffers für Seetüchtigkeit, Einrichtung, Ausrüstung und Verproviantierung des Schiffs nach Maßgabe amtlich kontrollierter Gesetzesvorschriften das gewöhnliche Seefrachtrecht abändern.

Literatur: Lewis b. Endemann IV 228 ff. Boyens II 392 ff. K. Lehmann § 216 Z. 2—3.

§ 96. Bodmerei. Bodmerei ist ein Darlehnsgeschäft, das der Schiffer kraft seiner gesetzlichen Befugnisse unter Zusicherung einer Prämie und unter Verpfändung von Schiff, Fracht und Ladung oder von einem oder mehreren dieser Gegenstände in der Art eingeht, daß der Gläubiger sich nur an die verbodmeten Gegenstände nach der Ankunft des Schiffs am Endort der Bodmereireise halten kann (§ 679).

Die Bodmerei ist im Mittelalter im germanischen Rechtsgebiet auf Grund des germanischen Pfandrechts mit reiner Sachhaftung ausgebildet. Später wurde sie vielfach mit dem römischen foenus nauticum, das sich in den Mittelmeerländern erhalten hatte, zusammen-

geworfen. Neben der „eigentlichen" Bodmerei des Schiffers wurde nun die Bodmerei des Reeders (Bielbriefvertrag) für Schiffsbau und Schiffsausrüstung und die Bodmerei des Befrachters (Großaventurvertrag, Respondentia) für Warenversendung anerkannt und als „uneigentliche" Bodmerei geregelt (auch im Preuß. ALR. und im Code de commerce). Doch gewann die uneigentliche Bodmerei in Deutschland geringe Bedeutung; der im alten HGB. (Art. 701) zu ihren Gunsten noch gemachte Vorbehalt für das Landesrecht ist im neuen HGB. gestrichen.

Die Befugnis des Schiffers zur Eingehung der Bodmerei ist dadurch bedingt, daß er entweder während des Aufenthalts des Schiffs außerhalb des Heimatshafens zur Ausführung der Reise oder während der Reise im alleinigen Interesse der Ladungsbeteiligten zur Erhaltung und Weiterbeförderung der Ladung des aufgenommenen Geldes bedarf; im letzteren Falle kann er die Ladung allein, sonst zwar Schiff oder Fracht allein, die Ladung aber nur zusammen mit Schiff und Fracht verbodmen (§ 680). Die Höhe der Prämie, die vor allem Gefahrprämie ist, im Zweifel aber die Zinsen einschließt, unterliegt freier Vereinbarung (§ 681).

Die Bodmerei ist an die Form der Beurkundung in einem Bodmereibrief (Seewechsel) gebunden, den der Schiffer mit bestimmtem Inhalt auszustellen und (auf Verlangen in öffentlich beglaubigter Form) zu unterschreiben hat (§§ 682—683). Der Bodmereigeber kann die Stellung des Bodmereibriefes an die Order des Gläubigers oder lediglich an Order (d. h. an die Order des Bodmereigebers) und die Ausstellung in mehreren Exemplaren verlangen; den Einwand, daß der Schiffer zur Eingehung der Bodmerei nicht oder nicht im vorliegenden Umfange befugt gewesen sei, muß sich auch der Indossatar entgegensetzen lassen (§§ 684, 686). Durch ein vor Ausstellung des Bodmereibriefes vom Konsul (evtl. von der zuständigen Ortsbehörde oder in deren Ermangelung von den Schiffsoffizieren) erteiltes urkundliches Zeugnis wird die Notwendigkeit des Geschäfts bis zum Gegenbeweise festgestellt (§ 685).

Die Zahlung der Bodmereischuld hat im Zweifel im Bestimmungshafen der Bodmereireise am achten Tage nach Ankunft des Schiffs zu erfolgen; von da an laufen Zinsen der Schuld einschließlich der Prämie; nur eine Zeitprämie läuft bis zur wirklichen Zahlung (§ 687). Berechtigt, die Zahlung gegen Rückgabe des quittierten Bodmereibriefes zu verlangen, ist der legitimierte Inhaber auch nur eines Exemplars; melden sich mehrere legitimierte Inhaber, so sind alle zurückzuweisen und das Geld zu hinterlegen (§§ 688—689).

Die Pfandhaftung der verbodmeten Gegenstände, deren jeder für die ganze Bodmereischuld haftet (§ 691 Abs. 1), ist eine reine Sachhaftung, so daß der Bodmereigläubiger sich lediglich an sie halten kann. Wenn daher auch dem Bodmereigläubiger Haverei nicht zur Last fällt, so trägt er doch den Nachteil, soweit durch Haverei die Gegenstände zu seiner Befriedigung unzureichend werden (§ 690). Doch haftet ihm der Schiffer und im Falle einer von ihm ausgehenden Anordnung auch der Reeder persönlich für den Ausfall aus schuldhafter Vernachlässigung der Gegenstände, Vergrößerung oder Veränderung der Gefahr, willkürlicher Abänderung oder Erweiterung der Reise und verfrühter Auslieferung der Ladung (§§ 692—694). Der Gläubiger kann die verbodmeten Gegenstände nach der Ankunft im Bestimmungshafen ohne weiteres mit Arrest belegen lassen (§ 691 Abs. 2) und nach der Fälligkeit der Bodmereischuld sich aus ihnen im Wege der Zwangsvollstreckung befriedigen (§ 696). Gegen einen dritten Erwerber, der den Besitz in gutem Glauben erlangt hat, kann er seine Rechte nicht geltend machen; der Empfänger aber, der bei der Annahme die Verbodmung kennt, wird ihm persönlich in Höhe des entzogenen Werts verpflichtet (§ 697).

Wird die Bodmereireise überhaupt nicht angetreten, so wird die Bodmereischuld sofort fällig, die Prämie aber verhältnismäßig herabgesetzt („Ristorno"); endet dagegen die Bodmereireise in einem anderen als ihrem Bestimmungshafen, so ist die Bodmereischuld ohne Abzug von der Prämie hier nach Ablauf der im Zweifel achttägigen Zahlungsfrist zu zahlen (§ 698).

Das Bodmereirecht mit seiner rein dinglichen Haftung findet auch Anwendung, wenn der Schiffer als solcher nicht kraft seiner gesetzlichen Vertretungsmacht, sondern kraft Eigentums an Schiff oder Ladung oder kraft besonderer Anweisung verbodmet (§ 699).

Literatur: Matthias, Das foenus nauticum und die geschichtliche Entwicklung der Bodmerei, 1881. Pappenheim, Z. f. HR. XL 378 ff. Schröder b. Endemann IV 250 ff. Boyens II 422 ff. K. Lehmann § 123. Gareis § 114. Cosack § 92.

§ 97. Haverei und Hilfsleistung in Schiffahrtsnot.

1. Haverei überhaupt. Das Seerecht bezeichnet die Schäden und Kosten, die durch einen besonderen Unfall für Schiff oder Ladung oder beide herbeigeführt werden, als „Haverei" (Havarie, vermutlich arabischen Ursprungs). Die Haverei heißt besondere Haverei, wenn der Eigentümer vorbehaltlich des Ersatzanspruches gegen einen Schuldigen den Schaden zu tragen hat, gemeinschaftliche Haverei, wenn eine Schadensverteilung eintritt. Zur gemeinschaftlichen Haverei gehörte früher die kleine Haverei, die gewisse, von dem Verfrachter (zu einem Drittel) und den Ladungsempfängern (zu zwei Dritteln nach Schiffslasten) gemeinschaftlich zu tragende Kosten der Schiffahrt umfaßte; das geltende Recht dagegen legt sie auch dann, wenn sie durch ungewöhnliche Umstände verursacht sind (z. B. Auseisungskosten, Schlepplohn, Lotsengeld, Quarantänegelder), dem Verfrachter allein zur Last (§ 621). Gemeinschaftliche Haverei ist daher nur noch die große Haverei (Havarie grosse); sie umfaßt die behufs Errettung von Schiff und Ladung aus einer gemeinsamen Gefahr vom Schiffer oder auf dessen Geheiß vorsätzlich gebrachten Opfer, die nach einem aus der lex Rhodia entwickelten Weltrecht von Schiff, Fracht und Ladung gemeinsam zu tragen sind (§ 700), jedoch einerseits mit Ausnahme gewisser derartiger Opfer, wie Schädigung durch Prangen (Überanstrengen von Segel oder Maschine) und Reklamekosten (§ 707), anderseits unter Erstreckung auf Aufenthaltskosten infolge Kriegsausbruchs oder Verfügung von hoher Hand (§ 635). Alle durch einen Unfall verursachten Schäden und Kosten, die weder zur großen noch zur kleinen Haverei gehören, sind besondere Haverei (§ 701). — Die Regeln über Haverei sind auf das Binnenschiffahrtsrecht übertragen, doch ist die kleine Haverei enger, die große Haverei teils weiter, teils enger begrenzt (BSchG. §§ 66, 78, 82—83).

2. Große Haverei. Die große Haverei setzt voraus, daß vom Schiffer oder auf dessen Geheiß vorsätzlich dem Schiff oder der Ladung oder beiden Schäden zugefügt oder für sie Kosten aufgewendet sind; daß dies behufs ihrer Errettung aus einer gemeinsamen Gefahr geschehen ist; daß die Maßregel Erfolg gehabt hat, also Schiff und Ladung mindestens teilweise gerettet, nicht aber entweder das Schiff oder alle Güter völlig verloren gegangen sind (§§ 700, 703; BSchG. § 78). Ob die Gefahr verschuldet war, ist nur für die Ersatzleistung von Bedeutung (§ 702; BSchG. § 79). Trifft beteiligte Gegenstände später besondere Haverei, so wird dadurch ihre Beitragslast nur im Falle des Totalverlustes, ihr Vergütungsanspruch wegen Beschädigung nur insoweit aufgehoben, als es sich um einen selbständigen neuen Unfall handelt, der den Schaden, wenn er noch nicht eingetreten gewesen wäre, gleichfalls herbeigeführt hätte (§§ 704—705; BSchG. §§ 80—81).

Ihrem Umfange nach erstreckt sich die große Haverei nicht bloß auf die unmittelbaren, sondern auch auf die mittelbaren Folgen der ergriffenen Maßregel; für die Hauptfälle (Seewurf und gleichgestellte Fälle der Schiffsbeschädigung, Überladung in Leichterfahrzeuge, absichtliche Strandung, Abbringungskosten für zufällige Strandung, Anlaufen eines Nothafens, Verteidigung gegen Feinde oder Seeräuber, Loskauf von solchen, Beschaffung der Mittel zur Deckung und Auseinandersetzung der großen Haverei) ist der Umfang gesetzlich bestimmt (§ 706; teilweise abweichend BSchG. §§ 82—84).

Die Schadensberechnung erfolgt durch Abschätzung der verlorenen Werte; hinsichtlich des Schiffes und seines Zubehörs werden die am Ausbesserungsort oder am Endort der Reise aufzuwendenden Ausbesserungskosten mit Abzügen wegen Alters, hinsichtlich aufgeopferter oder beschädigter Güter der Marktpreis, den sie am Bestimmungsort oder Endort gehabt hätten, oder der Unterschied zwischen diesem Preise und dem noch vorhandenen Verkaufspreise mit Abzügen wegen ersparter Kosten, hinsichtlich der entgangenen Fracht der Betrag, der dort zu entrichten gewesen wäre, zugrunde gelegt (§§ 709—715; BSchG. § 85 Abs. 1). Nicht in Ansatz kommen Beschädigungen und Verluste von Gütern, über die kein gehöriger urkundlicher Nachweis vorhanden ist, von nicht deklarierten Wertsachen und bei Seeschiffen von nicht unter Deck geladenen Gütern (§ 708; BSchB. § 85 Abs. 2—3).

Die Schadensverteilung erfolgt auf Schiff, Ladung und Fracht in der Weise, daß Schiff und Zubehör mit dem noch vorhandenen Wert und dem in Rechnung gebrachten Schaden, die Ladung mit dem Wert der bei Beginn der Löschung noch vorhandenen oder in Sicherheit gebrachten Güter, die bei der Haverei an Bord waren, und dem in Rechnung gebrachten

Betrag für aufgeopferte Güter und für Beschädigung, die Fracht mit zwei Dritteln des verdienten Bruttoertrages und der entgangenen Fracht verhältnismäßig beitragen; Kriegs- und Mundvorräte, Heuer und Habe der Schiffsbesatzung und das Reisegut sind nicht beitragspflichtig (§§ 716—724). Nach Binnenschiffahrtsrecht fällt auch die Beitragspflicht der Fracht weg (§ 85).

Die Feststellung und Verteilung der Schäden erfolgt am Bestimmungsort oder sonstigen Endort der Reise mittelst Aufmachung der Dispache durch ständige oder vom Gericht besonders bestellte Dispacheure (im Ausland durch die Konsuln); für rechtzeitige Aufmachung hat der Schiffer zu sorgen (§§ 727—729; nach BSchG. §§ 86—88 kann der Schiffer, wenn kein Beteiligter die Aufmachung durch Dispacheure verlangt, selbst die Dispache aufstellen).

Die Vergütungsberechtigten haben wegen der auf Schiff und Fracht lastenden Beiträge die Rechte von Schiffsgläubigern und ebenso an den beitragspflichtigen Gütern ein gesetzliches Pfandrecht; eine persönliche Verpflichtung wird durch den Havereifall an sich nicht begründet, entsteht aber für den Schiffer und Reeder durch Auslieferung der Güter vor Sicherstellung oder Befriedigung der Beiträge und für den Empfänger durch Annahme von Gütern, deren Beitragspflicht er kennt (§§ 725—726, 730—731; ähnlich BSchG. §§ 89—91).

Das Seerecht kennt eine der Havereiverteilung nachgebildete Schadensausgleichung unter den Ladungsbeteiligten hinsichtlich der Ausfälle bei Ersatzansprüchen wegen Verbodmung oder Verkaufes von Gütern (§§ 732—733).

3. Schiffszusammenstoß. Der Schade durch Zusammenstoß von Schiffen, den das ältere und in gewissen Fällen noch heute das fremde Seerecht verteilt, wird vom deutschen Seerecht als besondere Haverei behandelt (§§ 734—739; BSchG. § 92). Ist der Zusammenstoß durch das Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung des einen Schiffes herbeigeführt, so haftet der Reeder (Schiffseigner) mit dem Schiffsvermögen für den dem anderen Schiffe oder seiner Ladung zugefügten Schaden; desgleichen für den Schaden aus dem durch den Zusammenstoß etwa verursachten weiteren Schiffszusammenstoß. Im Falle beiderseitigen Verschuldens richten sich die Ersatzpflicht und ihr Umfang nach den Umständen, insbesondere der überwiegenden Schuld (wie nach BGB. § 254). Liegt kein Verschulden vor, so fällt jeder Ersatzanspruch weg. Für einen Zwangslotsen ist der Reeder nicht verantwortlich. Sinkt das beschädigte Schiff vor Erreichung eines Hafens, so gilt die Vermutung, daß dies Folge des Zusammenstoßes war.

4. Bergung und Hilfsleistung. Das Seerecht hat an Stelle des alten Strandrechts einen gesetzlichen Anspruch dritter Personen, die einem Schiffe in Seenot Hilfe leisten, auf eine Vergütung ausgebildet (§§ 740—753). Die Vergütung ist Bergelohn, wenn Schiff oder Ladung, die der Verfügung der Schiffsbesatzung entzogen oder von ihr verlassen waren, in Besitz genommen oder in Sicherheit gebracht werden (einschließlich der Bergung von Seeauswurf oder strandtriftigen Gütern, der Heraufbringung vom Meeresgrunde und der Bergung seetriftiger Güter); bei jeder anderen Hilfe ist sie Hilfslohn. Die Höhe kann vereinbart werden; bei einem noch während der Gefahr geschlossenen Vertrage aber ist eine übermäßige Vergütung auf Verlangen herabzusetzen. Mangels Vereinbarung ist die Höhe nach billigem Ermessen mit Rücksicht auf die besonderen Umstände (Eifer, Zeit, Aufwendungen, Zahl der Helfer, beiderseitige Gefahr, Wert des Geretteten) in Geld festzusetzen; der Bergelohn soll in der Regel ein Drittel des geborgenen Wertes nicht übersteigen und nur ausnahmsweise die Hälfte erreichen, der Hilfslohn niedriger bemessen werden. Unter mehreren Helfern findet die Verteilung nach sachlichen und persönlichen Leistungen, im Zweifel nach Köpfen statt; auch Retter von Menschenleben nehmen gleichmäßig teil, während für Menschenrettung als solche ein gesetzlicher Anspruch auf Vergütung leider nicht gewährt ist. Von dem durch ein helfendes Schiff verdienten Berge- oder Hilfslohn zieht der Reeder zunächst den Ersatz für Schäden und Kosten ab; im übrigen erhält er bei einem Dampfschiffe zwei Drittel, bei einem Segelschiffe die Hälfte, während der Rest zur Hälfte dem Schiffer gebührt, zur anderen Hälfte nach einem vom Schiffer aufzustellenden, im Falle des Einspruchs endgültig vom Seeamt festzusetzenden Verteilungsplan unter die übrige Besatzung verteilt wird (§ 749 in der Fassung des RG. v. 1902). Wer seine Dienste aufdrängt oder geborgene Sachen verheimlicht, hat keinen Lohnanspruch. Für die Schuld besteht lediglich eine dingliche Haftung der geborgenen oder geretteten Gegenstände; der Vergütungsberechtigte hat an ihnen ein Pfandrecht (an geborgenen Sachen zu-

gleich ein Zurückbehaltungsrecht) und kann sich aus ihnen wie wegen Bodmereischuld befriedigen. Eine persönliche Verpflichtung entsteht auch hier nur aus ungehöriger Auslieferung oder Empfangnahme. — Die deutsche Strandungsordnung vom 17. Mai 1874 regelt die Organisation der Strandbehörden (Strandämter und Strandvögte) und das Verfahren in Bergungs- und Hilfssachen; in privatrechtlicher Hinsicht bestimmt sie, daß nach vergeblichem Aufgebot strandtriftige und vom Strande aus geborgene Güter dem Landesfiskus, seetriftige und vom Meeresgrunde heraufgeholte Güter dem Berger zufallen (§ 35).

Ähnliche, obschon in Einzelheiten abweichende Regeln gelten für Bergung und Hilfsleistung bei Schiffahrtsnot von Binnenschiffen (BSchG. § 93—101) und Flößen (FlG. §§ 24—29).

Literatur: W. Ulrich, Große Haverei, 1884. Goldschmidt, Lex Rhodia und Agermanament, Z. f. HR. XXXV 321 ff. Ph. Heck, Das Recht der großen Haverei, 1889. A. Seeliger, Der „Erfolg" als Voraussetzung der großen Haverei, 1894. — R. Prien, Der Zusammenstoß von Schiffen nach den Gesetzgebungen des Erdballs, 2. Ausg. 1899. G. Hackel, Schadensersatzpflicht des Reeders bei Zusammenstoß von Schiffen, Z. f. HR. LII 171 ff., LIV 44 ff. Junge, Schiffskollisionen auf See, 4. Aufl. 1906. — Burchard, Bergung und Hilfsleistung in Seenot, 1897; Gutachten für den XXIII. Deutsch. Juristent. I 205 ff. Pappenheim, Z. f. HR. XLII 427 ff. Kohler, Jahrb. f. D. XXV 131 ff. — Schröder b. Endemann IV 259 ff., 296 ff. R. Lehmann §§ 217—219. Gareis §§ 115—116. Cosack §§ 184—187.

§ 98. Schiffsgläubiger. Schiffsgläubiger sind Gläubiger, denen ein Recht bevorzugter Befriedigung aus dem Schiffsvermögen zusteht. Zum Schiffsgläubiger machen die im Gesetz speziell aufgezählten Forderungen (§ 754). Es sind dies im allgemeinen alle Forderungen, die aus der Verwendung des Schiffes zur Seefahrt entstanden sind. Zu ihnen gehören neben den Forderungen, für die der Reeder überhaupt nur mit dem Schiffsvermögen haftet, auch solche, für die zugleich eine persönliche Haftung des Reeders besteht. Dies begründet in Ansehung der Rechte des Schiffsgläubigers keinen Unterschied (§ 762). Unter den Schiffsgläubigern haben die Bodmereigläubiger ein vertragsmäßiges, alle übrigen ein gesetzliches Pfandrecht an Schiff und Zubehör sowie an der Bruttofracht derjenigen Reise, aus der die Forderung entstanden ist (§§ 755—760). Die Befriedigung erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung; die Klage kann sowohl gegen den Reeder wie gegen den Schiffer gerichtet werden (§ 761). Unter den Schiffsgläubigern besteht eine feste Rangordnung, die teils durch den Vorzug der späteren Reise, teils durch die Beschaffenheit der Forderung bestimmt wird (§§766—770). Allen anderen Gläubigern, auch den Pfandgläubigern, denen das Schiff durch Eintragung verpfändet ist, gehen die Schiffsgläubiger unbedingt vor (§ 776). Das Pfandrecht der Schiffsgläubiger am Schiff und dessen Zubehör ist gegen jeden dritten Besitzer des Schiffes verfolgbar (§ 755 Abs. 2); im Falle der Veräußerung kann jedoch der Erwerber unbekannte Gläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens ausschließen lassen (§ 765). Das Pfandrecht am Schiff erlischt aber nicht nur durch Zwangsversteigerung, sondern auch durch Notverkauf seitens des Schiffers; es geht dann auf das Kaufgeld über und haftet auf diesem, solange es aussteht oder sich noch in den Händen des Schiffers befindet (§ 764). Das Pfandrecht an der Fracht ist so lange wirksam, als die Fracht noch aussteht oder der Schiffer die Frachtgelder in Händen hat, mag auch die Frachtforderung vom Reeder abgetreten sein (§ 771 Abs. 1—3). Die Havereivergütung und die Entschädigung aus rechtswidriger Handlung treten für die Schiffsgläubiger an Stelle des Pfandobjektes (§ 775 Abs. 1—2). Durch Einziehung von Fracht, Kaufgeld, Havereivergütung oder Entschädigung und durch Aussendung des Schiffes zu einer neuen Reise wird der Reeder den Schiffsgläubigern in Höhe der ihnen entzogenen Deckung persönlich haftbar.

Neben den Schiffsgläubigern stehen die Ladungsgläubiger, die kraft eines gesetzlichen Pfandrechtes (wegen Fracht, Havereivergütung oder Bergungs- und Hilfskosten) oder aus Verbodmung ein Recht bevorzugter Befriedigung aus den Gütern haben. Unter ihnen gilt eine besondere Rangordnung. Die Havereivergütung und die Entschädigung aus rechtswidriger Handlung sowie der Erlös aus Notverkauf durch den Schiffer treten auch hier an die Stelle des Pfandes. (Vgl. § 777.)

Das Schiffsgläubigerrecht ist mit der erforderlichen Anpassung auf die Binnenschiffahrt übertragen (BSchG. §§ 102—116).

Literatur: Mittelstein, Deutsches Schiffspfandrecht u. Schiffsgläubigerrecht, 1889. H. Pferdemenges, Die rechtliche Natur der Klage des Schiffsgläubigers, 1896. V. Ehrenberg, Das Recht des Schiffsgläubigers, sein Inhalt und seine juristische Natur, Festschrift für Regelsberger, 1901. R. Byk, Wesen des Schiffsgläubigerrechts, insbesondere am eigenen Schiff. 1910. — Schröder b. Endemann IV 303 ff. Boyens I 182 ff. Pappenheim, Handb. II §§ 19—26, 28—29. K. Lehmann § 125.

§ 99. Seeversicherung. Die Seeversicherung, die seit dem Ende des 13. Jahrhunderts im Seehandel des Mittelmeeres aus dem Seedarlehen hervorwuchs, hat als älteste geschäftlich ausgebildete Art der Versicherung gegen Prämie einerseits vorbildlich auf das ganze Versicherungswesen eingewirkt, anderseits bis heute mancherlei Eigentümlichkeiten bewahrt. Das Seeversicherungsrecht wurde öfter besonders kodifiziert (z. B. Hamburger Assekuranz- und Havereiordnung von 1731), dann aber in die Handelsgesetzbücher aufgenommen. Im deutschen HGB. ist es sehr ausführlich und kasuistisch behandelt. Das Sonderrecht der Seeversicherung ist auch gegenüber der allgemeinen Regelung des Versicherungsvertrages durch das RG. vom 30. Mai 1908 in Kraft erhalten, jedoch durch das RG. betr. Änderungen der Vorschriften des HGB über die Seeversicherung von demselben Tage in einer Reihe von Punkten dem neuen Rechte angepaßt. Ergänzt und abgewandelt wird das Gesetzesrecht durch die von den Versicherungsgesellschaften aufgestellten allgemeinen Vertragsbedingungen; in Deutschland beherrschen die Hamburger Bedingungen von 1867 (zuerst 1847) die ganze Seeversicherung mit Ausnahme der nach besonderen Bedingungen von 1875 (zuerst 1818) versichernden Bremer Gesellschaften; sie sind neuestens der Seeversicherungsnovelle angepaßt.

Den Gegenstand der Seeversicherung kann jedes in Geld schätzbare Interesse daran, daß Schiff oder Ladung die Gefahren der Seeschiffahrt besteht, bilden; neben dem Schiff (V. auf Kasko), der Fracht, den Überfahrtsgeldern, den Gütern, den Bodmereigeldern, den Havereigeldern, anderen Forderungen, zu deren Deckung das Schiffsvermögen oder die Güter dienen, und der Versicherungsgefahr (Rückversicherung) namentlich auch der von der Ankunft der Güter erwartete („imaginäre") Gewinn und die zu verdienende Provision; niemals aber die Heuerforderung des Schiffers und der Schiffsmannschaft (§§ 778—780). Der Versicherungsvertrag ist an sich gültig, wenn auch zur Zeit seines Abschlusses die Gefahr schon überstanden oder der Schaden schon eingetreten war; er ist indes als Versicherungsvertrag ungültig, wenn beide Teile den Sachverhalt kannten, und für den ununterrichteten Teil (für den Versicherer unbeschadet des Rechts auf volle Prämie) unverbindlich, wenn der andere Teil den ihm zugute kommenden Umstand kannte (§ 785).

Einer Form bedarf der Vertrag nicht; der Versicherungsunternehmer kann jedoch die Aushändigung einer Polize verlangen (§ 784). Sie kann an Order gestellt werden (oben § 70 Z. 1 b).

Vertragschließende Personen sind der Versicherer und der Versicherungsnehmer. Bei der „Versicherung für eigene Rechnung" ist der Versicherungsnehmer zugleich der Versicherte. Möglich aber ist „Versicherung für fremde Rechnung" mit oder ohne Nennung des Versicherten oder auch Versicherung für Rechnung „wen es angeht", bei der zunächst unenthüllt bleibt, ob eigenes oder fremdes Interesse versichert wird (§ 780; die Bestimmung des § 781, nach der jede Versicherung für fremde Rechnung für den Versicherer unverbindlich war, wenn ihr nicht entweder ein Auftrag des Versicherten zugrunde lag oder der Mangel des Auftrags dem Versicherer angezeigt war, ist in der Novelle gestrichen). Die Versicherung für fremde Rechnung ist ein besonders gearteter Fall der Verträge zugunsten Dritter; die im Namen des Versicherten von einem Vertreter geschlossene Versicherung fällt nicht unter diesen Begriff (§ 782).

Die Versicherungssumme kann den Versicherungswert nicht übersteigen; insoweit sie ihn übersteigt, ist die Versicherung als Überversicherung ungültig (§ 786, abweichend von VVG. § 51). Im Falle der Doppelversicherung ist seit der Novelle nicht mehr, wie bisher, die spätere Versicherung, insoweit sie Überversicherung ist, nichtig, haften vielmehr die mehreren Versicherer innerhalb der durch jeden Vertrag gesetzten Grenzen als Gesamtschuldner bis zum Betrage des Schadens; im Verhältnis zueinander sind sie nach Anteilen verpflichtet; dolose Doppelversicherung ist nichtig; der gutgläubige Versicherungsnehmer kann verhältnismäßige Herabsetzung

der Versicherungssummen und der Prämien verlangen (§§ 787—789). Eine Vereinbarung, durch die der Versicherungswert auf eine bestimmte Summe festgesetzt wird („taxierte Polize" gegenüber der „offenen"), bindet zwar die Parteien, der Versicherer kann aber eine Herabsetzung der Taxe fordern, wenn er nachweist, daß sie „wesentlich" übersetzt ist (§ 793). Im Falle der Unterversicherung gilt der Versicherte in Ansehung des Unterschiedes zwischen Versicherungswert und Versicherungssumme als Selbstversicherer, kann daher auch bei Teilschäden nur einen verhältnismäßigen Betrag fordern (§ 792). Über die Berechnung des Versicherungswertes bei den einzelnen Versicherungsgegenständen enthält das HGB. genaue Bestimmungen (§§ 795—803; der imaginäre Gewinn beträgt im Zweifel 10 v. H. des Versicherungswertes der Güter). Insoweit der Versicherer Ersatz geleistet hat, tritt er in Ersatzansprüche des Versicherten gegen Dritte von Rechts wegen ein, kann auch die Abtretung einer versicherten Forderung, zu deren Deckung eine der Seegefahr ausgesetzte Sache diente, verlangen (§§ 804—805; dazu § 822).

Der Versicherungsnehmer ist bei Abschluß des Vertrages zur Anzeige aller ihm (und bei Versicherung für fremde Rechnung tunlichst auch der dem Versicherten) bekannten Umstände verpflichtet, die für die Beurteilung des Risikos erheblich sind; bei unterlassener oder unrichtiger Anzeige ist der Versicherer, falls er nicht anderweit unterrichtet war oder den anderen Teil kein Verschulden trifft, befugt, vom Vertrage zurückzutreten und trotzdem die volle Prämie zu fordern; im Falle unverschuldeter Verletzung der Anzeigepflicht hat er einen Anspruch auf eine den Umständen angemessene Erhöhung der Prämie (§§ 806—811 b).

Aus dem Versicherungsvertrage entspringen Verpflichtungen des Versicherten. Die Prämie ist im Zweifel sofort (gegen Aushändigung der Polize) zu zahlen; zur Zahlung verpflichtet ist der Versicherungsnehmer (§ 812). Der Versicherte darf die Gefahr nicht willkürlich (insbesondere durch Veränderung oder Verzögerung der Reise) verändern oder vergrößern, widrigenfalls er bei einem Unfall, der nicht auch ohnedies eingetreten wäre, keinen Ersatz verlangen kann (§§ 813—814). Bei der Güterversicherung muß er die Güter in dem bestimmten Schiffe befördern, im Falle der Versicherung in unbestimmten oder unbenannten Schiffen aber, sobald er Nachricht von der Verladung hat, dem Versicherer das Schiff anzeigen; andernfalls wird der Versicherer von der Haftung befreit (§§ 816—817). Jeden ihm bekannt gewordenen Unfall muß der Versicherungsnehmer oder der um die Versicherung wissende Versicherte sofort dem Versicherer anzeigen („andienen"); sonst verliert er den Betrag, um den sich der Schade bei rechtzeitiger Anzeige gemindert hätte (§ 818). Endlich ist der Versicherte verpflichtet, bei jedem Unfalle (womöglich im Einverständnis mit dem Versicherer) für die Rettung der versicherten Sachen und die Abwendung größerer Nachteile tunlichst zu sorgen (§ 819).

Der Umfang der Gefahr, für die der Versicherer einsteht, richtet sich nach der Vereinbarung, ist aber subsidär durch das Gesetz genau bestimmt. Im Zweifel trägt der Versicherer alle Gefahren, denen Schiff oder Ladung während der Dauer der Versicherung ausgesetzt sind, somit neben den eigentlichen Seegefahren auch die Gefahren aus Feuer, Krieg oder Verfügung von hoher Hand, Verschulden Dritter, Unredlichkeit der Schiffsbesatzung, Verbodmung oder Notverkauf von Gütern, Haftung aus Schiffszusammenstoß; nicht jedoch bei der Versicherung von Schiff und Fracht die Gefahr aus Mängeln des Schiffs oder seiner Ausrüstung und aus der Haftung des Reeders für Schädigung Dritter durch Verschulden der Schiffsbesatzung (außer dem Falle des Schiffszusammenstoßes); nicht bei der Schiffsversicherung den Schaden aus gewöhnlicher Abnutzung, Alter, Fäulnis oder Wurmfraß; nicht bei der Versicherung von Gütern oder Fracht den Schaden aus natürlicher Beschaffenheit der Güter, mangelhafter Verpackung, Ratten- oder Mäusefraß; nicht endlich den vom Versicherten selbst (oder bei der Versicherung von Gütern oder imaginärem Gewinn vom Ablader, Empfänger oder Kargadeur) verschuldeten Schaden, ausgenommen den durch nautisches Verschulden des Versicherten verursachten Schaden, den er zu ersetzen hat, falls nicht dem Versicherten eine bösliche Handlungsweise zur Last fällt (§§ 820—821). Die Dauer der Versicherung wird bei der Versicherung für eine bestimmte Reise durch den Beginn der Ladung und die Beendigung der Löschung, bei der Versicherung auf Zeit durch den Anfang des ersten und den Ablauf des letzten Tages (von Mittag bis Mittag) begrenzt; im einzelnen gelten zahlreiche Sondervorschriften (§§ 823—833). Der Versicherer trägt auch die Havereibeiträge und die im Sinne der großen Haverei gebrachten

Opfer, sowie die für Rettung und Schadensfeststellung aufgewendeten Kosten; die Kosten muß er auch insoweit, als sie die Versicherungssumme übersteigen, erstatten; er kann sich jedoch, wenn er dies binnen drei Tagen erklärt, durch Zahlung der vollen Versicherungssumme von der Haftung für nicht schon entstandene Kosten befreien (§§ 834—843). Besondere Havereien hat der Versicherer nicht zu ersetzen, wenn sie 3 Prozent (oder den im Vertrage bestimmten Prozentsatz) des Versicherungswertes nicht übersteigen (§§ 845—847). Für einzelne die Haftung beschränkende Polizeklauseln (wie „frei von Kriegsmolest", „nur für Seegefahr", „für behaltene Ankunft", „frei von Beschädigung außer im Strandungsfall", „frei von Bruch außer im Strandungsfall") gelten gesetzliche Auslegungsregeln (§§ 848—853).

Hinsichtlich des Umfanges des Schadens ist Totalverlust und Teilschade zu unterscheiden. Totalverlust liegt vor, wenn der versicherte Gegenstand in einer versicherten Gefahr für den Versicherten vollständig (oder doch nur mit Ausnahme einzelner Teile des Wracks oder Inventars) verloren gegangen ist; im Falle des Totalverlustes hat der Versicherer die volle Versicherungssumme (abzüglich des durch den Unfall Ersparten und des Erlöses für Gerettetes) zu zahlen, tritt aber damit von Rechts wegen in die Rechte des Versicherten in Ansehung des versicherten Gegenstandes ein (§§ 854—860). In gewissen Fällen ist der Versicherte zum Abandon befugt; er kann, als wäre Totalverlust eingetreten, gegen Abtretung seiner Rechte die Zahlung der vollen Versicherungssumme fordern (§§ 861—871). Der Hauptfall ist die Schiffsverschollenheit; sie liegt vor, wenn innerhalb der Verschollenheitsfrist, die je nach der Reiseentfernung 6 (bei Dampfern nur 4), 9 oder 12 Monate beträgt, weder das Schiff im Bestimmungshafen angekommen noch Nachricht über das Schiff eingelaufen ist. Außerdem tritt das Abandonrecht ein, wenn Schiff oder Güter unter Embargo gelegt, von einer kriegführenden Macht aufgebracht, auf andere Weise durch Verfügung von hoher Hand angehalten oder durch Seeräuber genommen und nicht innerhalb einer Frist von 6, 9 oder 12 Monaten freigegeben sind. Der Abandon muß rechtzeitig und gehörig erklärt werden, widrigenfalls das Abandonrecht erlischt und nur noch die gewöhnlichen Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage geltend gemacht werden können. Die Abandonfrist, innerhalb deren die Abandonerklärung dem Versicherer zugegangen sein muß, beträgt 6 oder 9 Monate seit Eintritt des Abandonrechts. Die Erklärung muß vorbehaltlos und vollständig lauten und ist unwiderruflich. Mit ihr gehen die Rechte des Versicherten in Ansehung des versicherten Gegenstandes auf den Versicherer über. Der Versicherte muß aber auch nachher dem Versicherer zur Erlangung der abandonnierten Gegenstände behilflich sein. Auch hat er auf Verlangen einen „Abandonrevers" in öffentlich beglaubigter Form zu erteilen. — Bei bloßem Teilschaden hat der Versicherer den Unterschied zwischen dem erhaltenen Wert und dem Versicherungswert vollständig oder im Falle der Unterversicherung zu einem verhältnismäßigen Teil zu ersetzen (§§ 872—881).

Die Bezahlung des Schadens kann der Versicherte verlangen, wenn er dem Versicherer eine Schadensberechnung mitteilt und durch genügende Belege sein Interesse, den Eintritt der Versicherungsgefahr, den Unfall, den Schaden und den Schadensumfang nachweist (§§ 882, 884—885). Der Versicherte kann den Entschädigungsanspruch auch in Ansehung künftiger Unfälle abtreten (§ 891). Ist eine Polize erteilt, so bedarf es ihrer Beibringung zur Legitimation des Versicherten oder seines Rechtsnachfolgers; lautet die Polize an Order, so legitimiert das formgerechte Indossament (§ 891). Unter Umständen hat der Versicherer auf Grund ungefährer Ermittlung den ihm zur Last fallenden Mindestbetrag vorläufig zu zahlen (§ 892). Auch ist er in bestimmten dringenden Fällen zu Vorschußzahlungen verpflichtet (§ 893).

Besondere Regeln gelten bei der Versicherung für fremde Rechnung. Hier stehen die Rechte aus dem Versicherungsvertrage (mit Ausnahme des Anspruchs auf Aushändigung der Polize) dem Versicherten zu; er kann jedoch ohne Zustimmung des Versicherungsnehmers über seine Rechte nur verfügen und sie gerichtlich nur geltend machen, wenn er im Besitze einer Polize ist (§ 886). Auch muß er, wenn er Zahlung verlangt, nachweisen, daß er Auftrag erteilt hat oder die Versicherung ohne Auftrag in seinem Interesse genommen ist (§ 883). Anderseits kann der Versicherungsnehmer über die Rechte des Versicherten in eigenem Namen verfügen, jedoch, falls eine Polize ausgestellt ist, ohne Zustimmung des Versicherten dessen Rechte nur übertragen und die Versicherungsgelder nur einziehen, wenn er im Besitz der Polize ist; der Versicherer braucht an ihn nur zu zahlen, wenn er ihm die Zustimmung des Versicherten

zur Versicherung nachweist (§ 887). Demgemäß genügt bei einer Orderpolize zur ersten Übertragung das Indossament des Versicherungsnehmers (§ 891 S. 2). Gegenüber dem Versicherten und dessen Gläubigern kann der Versicherungsnehmer wegen seiner Ansprüche bezüglich des versicherten Gegenstandes die Polize zurückhalten und sich aus der Versicherungsforderung oder den eingezogenen Versicherungsgeldern vorzugsweise befriedigen. Der Versicherer, der durch Zahlung an den Versicherten oder dessen Gläubiger oder durch Vereinbarungen mit ihnen das Recht des noch im Besitz der Polize befindlichen Versicherungsnehmers beeinträchtigt, macht sich diesem verantwortlich. Mit Forderungen gegen den Versicherungsnehmer kann der Versicherer, der auf Zahlung der Versicherungsgelder in Anspruch genommen wird, nur insoweit aufrechnen, als sie auf der für den Versicherten genommenen Versicherung beruhen. (Vgl. §§ 888—890.)

In gewissen Fällen findet das Ristorno statt, kraft dessen der Versicherungsnehmer die Prämie zurückfordern oder einbehalten kann, dafür aber dem Versicherer als Vergütung die „Ristornogebühr" belassen oder zahlen muß (§§ 894—897). Der Hauptfall ist, wenn der Versicherte ganz oder teilweise zurücktritt, weil die Unternehmung von ihm ganz oder teilweise aufgegeben oder ohne sein Zutun der versicherte Gegenstand oder ein Teil der Gefahr nicht ausgesetzt wird. Außerdem gilt das Ristorno, wenn die Versicherung wegen Mangels des versicherten Interesses oder wegen Überversicherung unwirksam ist und der Versicherungsnehmer beim Vertragsschluß (bei der Versicherung für fremde Rechnung auch der Versicherte bei der Auftragserteilung) in gutem Glauben war. Hat die Gefahr schon zu laufen begonnen, so ist das Ristorno ausgeschlossen. Die Ristornogebühr richtet sich nach Vertrag oder Ortsgebrauch; im Zweifel beträgt sie ½ v. H. der Versicherungssumme, bei einer Prämie unter 1. v. H. aber die Hälfte der Prämie.

Im Falle der Veräußerung der versicherten Sache tritt von Rechts wegen eine Sondernachfolge in das Versicherungsverhältnis ein. Die Vorschriften über diese (§§ 899—900) sind durch die Novelle den für den Versicherungsvertrag überhaupt geltenden Grundsätzen angepaßt (vgl. § 899 mit §§ 69, 70 Abs. 2 u. 73 VVG.). Sie gelten auch für eine versicherte Schiffspart. Ist das Schiff selbst versichert, so gelten sie nur, wenn das Schiff während einer Reise veräußert wird. Der Erwerber tritt an Stelle des Veräußerers in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Versicherungsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Für die Prämie haften Veräußerer und Erwerber als Gesamtschuldner. Der Versicherer genießt bis zu erlangter Kenntnis vom Forderungswechsel den Schutz der §§ 406—408 BGB. Für Gefahren, die nicht eingetreten sein würden, wenn die Veräußerung unterblieben wäre, haftet er nicht. Ein Kündigungsrecht hat er nicht. Dagegen kann der Erwerber binnen einem Monate nach dem Erwerbe oder der etwa erst später erlangten Kenntnis von der Versicherung das Versicherungsverhältnis ohne Kündigungsfrist kündigen. Damit befreit er sich von der Haftung für die Prämie. Alle diese Vorschriften finden im Falle der Veräußerung durch Zwangsversteigerung entsprechende Anwendung.

Literatur: W. Benecke, System des Assekuranz- und Bodmereiwesens, 1805/21; Umarbeitung v. Vincent Nolte, 1851/52. M. Pöhls, Darstellung des Seeassekuranzrechts, 1832/34. J. F. Voigt u. E. Seebohm, Das deutsche Seeversicherungsrecht, 1884/87. Reatz b. Endemann IV 320 ff. K. Lehmann § 242. Gareis § 118. — Reatz, Geschichte des europäischen Seeversicherungsrechts, 1870. L. Goldschmidt, Zur Geschichte der Seeversicherung, Festgabe für Beseler, 1885. — Ehrenberg, Versicherung für fremde Rechnung, Jahrb. f. D. XXX 422 ff. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte S. 576 ff. — Bewer, Das Herrschaftsgebiet des Abandon, Z. f. HR. XXXVIII 372 ff. E. Aschenheim, Der Abandon in der Seeversicherung, 1894. Linsmayer, Der Abandon, Z. f. HR. LIII 395 ff. — M. Benecke, Der Ristorno in der Seeversicherung, 1891. — Dazu Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechts, 1889. V. Ehrenberg, Versicherungsrecht Bd. I, 1893; Handwörterb. d. Staatswiss. [3] VIII 377 ff. Cosack §§ 161 ff.

§ 100. Verjährung. Die meisten seerechtlichen Ansprüche unterliegen einer abgekürzten Verjährung. Die Forderungen der Schiffsgläubiger (ausgenommen § 754 Nr. 10) einschließlich der etwaigen persönlichen Ansprüche gegen den Reeder oder eine Person der Schiffsbesatzung verjähren in einem Jahre, jedoch die Forderungen der Schiffsbesatzung aus Dienst- oder Heuerverträgen im Falle der Entlassung jenseits des Vorgebirges der guten Hoffnung

oder des Kap Horn und die Entschädigungsforderungen aus Schiffszusammenstoß erst in zwei Jahren; die Verjährung beginnt mit Ablauf des Kalenderjahres nach einem Zeitpunkt, der für die Forderungen der Schiffsbesatzung, der Ladungsbeteiligten und der durch Verschulden der Schiffsbesatzung Geschädigten besonders festgesetzt ist, für die übrigen Forderungen durch deren Fälligkeit bestimmt wird (§§ 901—903). Ferner verjähren in einem Jahre die auf den Gütern haftenden Forderungen und etwaigen persönlichen Ansprüche wegen Bodmereigelder, Havereibeiträge und Bergungs- und Hilfskosten; die Verjährung beginnt mit Ablauf des Jahres der Fälligkeit, hinsichtlich der Havereibeiträge aber mit Ablauf des Jahres, in dem die beitragspflichtigen Güter abgeliefert sind (§ 904). Endlich verjähren in fünf Jahren die beiderseitigen Forderungen aus dem Versicherungsvertrage; die Verjährung beginnt mit dem Ablauf des Jahres, in dem die versicherte Reise beendigt ist, jedoch bei der Versicherung auf Zeit mit dem Ablauf des Tages, an dem die Versicherungszeit endet, und bei Schiffsverschollenheit mit dem Ablaufe des letzten Tages der Verschollenheitsfrist (§ 905).

Soweit es sich um die Forderungen der Schiffs- und Ladungsgläubiger handelt, richtet sich die kurze seerechtliche Verjährung in erster Linie auf Erledigung der Pfandrechte in kurzer Frist. Sie ist aber nicht, wie manche wollen, in ein Erlöschen der Pfandrechte durch Nichtgebrauch umzudeuten. Vielmehr ist sie Verjährung des dinglichen Anspruchs mit anschließender Verjährung der persönlichen Ansprüche. Daher sind auf sie subsidiär die Vorschriften des BGB. über die Anspruchsverjährung anzuwenden, soweit dies nicht (wie z. B. hinsichtlich des § 223 BGB.) durch ihre besondere Zweckbestimmung ausgeschlossen wird.

Nach Binnenschiffahrtsrecht verjähren die aus der Schiffahrt als solcher herrührenden Forderungen in einem Jahre nach Ablauf des Jahres, in dem sie fällig geworden sind (BSchG. §§ 117—118; Flößereiges. § 30).

Literatur: Schröder b. Endemann IV 319. Pappenheim, Handb. II § 30.

2.

Wechsel- und Scheckrecht.

Von

Georg Cohn (Zürich).

Inhaltsübersicht.

		Seite
§ 1.	Begriff des Wechsels und Wechselrechts	139
§ 2.	Geschichtliches	140
§ 3.	Die Rechtsquellen des Wechselrechts	145
§ 4.	Literatur	150
§ 5.	Wirtschaftliche Funktionen	152
§ 6.	Wechselfähigkeit und Stellvertretung	156
§ 7.	Wechselform	158
§ 8.	Die Verpflichtung des Ausstellers	163
§ 9.	Übertragung des Wechsels	164
§ 10.	Die Annahme	168
§ 11.	Die Zahlung	170
§ 12.	Der Protest	171
§ 13.	Der Wechselregreß	174
§ 14.	Die Notanzeige (Notifikation)	176
§ 15.	Die Intervention	176
§ 16.	Aval	177
§ 17.	Die Wechselvervielfältigung	178
§ 18.	Die Wechselverjährung	180
§ 19.	Die Kraftloserklärung (Amortisation)	181
§ 20.	Wechseleigentum und Wechselvindikation	182
§ 21.	Klagen und Einreden	183
§ 22.	Die Wechseltheorie	186
§ 23.	Der Scheck	189

Wechselrecht.

§ 1. Begriff des Wechsels und Wechselrechts.

1. Das Wort „Wechsel" bedeutet dreierlei:

a) den Tausch, insbesondere den Austausch von Geldsorten;

b) ein besonders qualifiziertes Zahlungsversprechen (Wechselversprechen); vgl. unten 2;

c) die über dies Versprechen ausgestellte Urkunde (Wechselbrief).

Die erste dieser drei Bedeutungen kommt für das heutige Wechselrecht nicht mehr in Betracht.

Die beiden letzten Bedeutungen hängen innigst zusammen: kein Wechselbrief ohne Wechselversprechen und (wenigstens im modernen Wechselrecht) kein Wechselversprechen ohne Wechselbrief. „Das Wechselversprechen ist die Seele des Wechselbriefs" (Kuntze).

2. Die besondere Qualifikation des Wechselversprechens war nicht stets die gleiche, und noch heute bestehen hierbei wichtige Unterschiede zwischen den Rechten der verschiedenen Staaten. Nach der modernen (deutschen) Auffassung ist das Wechselversprechen ein schriftliches, streng formelles, nach Ort, Zeit und Betrag fest bestimmtes, unbedingtes, einseitiges und abstraktes (d. h. den Schuldgrund verschweigendes und von ihm losgelöstes) Geldzahlungsversprechen (Summenversprechen, Einlösungsversprechen).

Das Erfordernis der Unbedingtheit ist in Deutschland nicht unbestritten; das englisch-amerikanische, russische und japanische Recht schreiben es für den Grundwechsel ausdrücklich vor[1].

Das Erfordernis der Abstraktheit fehlt noch jetzt dem französischen Wechselrecht, und auch im englischen ist es nicht streng durchgeführt[2].

Das Wechselversprechen ist nur gegen Aushändigung des Wechselbriefs zu erfüllen. Die Nichterfüllung hat beschleunigtes gerichtliches Verfahren mit weitgehender Beschränkung der Einreden und schneller Zwangsvollstreckung zur Folge (Wechselstrenge, vgl. § 21).

3. Das Wechselversprechen geht entweder auf direkte oder indirekte Leistung.

Im ersteren Falle verspricht jemand, eine Geldsumme selbst zu zahlen (eigener oder trockener Wechsel, Eigenwechsel, von den Kaufleuten unrichtig (vgl. unten § 17) als Solawechsel bezeichnet, französisch billet à ordre, englisch promissory note); im letzteren Falle verspricht jemand, durch einen dazu aufgeforderten Dritten zahlen zu lassen (trassierter oder gezogener Wechsel, auch wohl kaufmännischer Wechsel genannt[3], Tratte, lettre de change, bill of exchange).

4. Verwandte, doch nicht ganz gleichbedeutende Ausdrücke sind:

a) Rimesse[4], eigentlich Geldversendung, Zahlungszuweisung, Wertzuweisung.

[1] Auch Mexico und Costa Rica. Vgl. Trumpler, Welthandelsrecht, 1912, S. 53. Eine Ausnahme bildet die positive Avisklausel; vgl. ebendas. und unten § 7 B III.

[2] Vgl. Trumpler S. 18 und 53, sowie Bauer v. Bauern in ZVerglR. XXII S. 96 u. 98 ff. Bill of Exchange Act s. 3 (3 b).

[3] Leitner, Bankgeschäft, 2. Aufl. 1910 S. 233.

[4] Vgl. auch unten S. 140 n. 4.

b) Cambium, von cambire = permutare, eigentlich Tausch, dann jedes Geschäft der italienischen Geldwechsler [1].

c) Appoint, eigentlich Ausgleichungs- oder Abschlußwechsel über die Restsumme größerer Schuldbeträge zur Ausgleichung à point.

d) In der Kaufmannssprache auch Papiere, Briefe, Stücke, Abschnitte [2], Effekten; Devisen oder Cambien [3] für Auslandwechsel; Diskonten für inländische Wechsel; akzeptierte Wechsel werden auch als Akzepte, nicht akzeptierte Wechsel als Tratten bezeichnet [4].

5. Wechselrecht ist die Gesamtheit der auf den Verkehr mit Wechseln bezüglichen Normen. Es ist kein bloßer Teil des Handelsrechts mehr, obschon es sich auf dessen Boden entwickelt hat, und obschon die meisten Wechsel noch jetzt im Handel ausgestellt und erworben werden. Es ist vielmehr zufolge der allgemeinen Wechselfähigkeit ein Teil des allgemeinen Privatrechts und zwar hauptsächlich des allgemeinen Obligationenrechts; nur wenige Bestimmungen gehören dem Sachenrecht an. Geschichtliche Entwicklung, zahlreiche Besonderheiten und die hohe wirtschaftliche Bedeutung sichern ihm den Rang eines besonderen Zweigs der zivilistischen Wissenschaft.

Es zerfällt:

a) in das Wechselrecht im engeren Sinne, d. h. den Inbegriff der dem Wechsel eigentümlichen Normen; Grünhut nennt es das spezifische Wechselrecht;

b) in das sog. zivile Wechselrecht, d. h. den Inbegriff der auf den Wechselverkehr bezüglichen zivil- und handelsrechtlichen Normen. Dazu gehört insbesondere die Regelung der die Wechselausstellung vorbereitenden und der an die Wechseleinlösung sich anschließenden Rechtsverhältnisse; ihr Ursprung liegt im Rechtsgeschäft über den Wechsel, aber nicht in dem Wechselbriefe selbst. Es scheidet aus dieser kurzen Darstellung des Wechselrechts fast ganz aus [5].

Die (wenigen) Besonderheiten, die dem Rechtsstreit aus Wechseln noch eigen sind, gehören dem Zivilprozeßrecht, nicht dem Wechselrecht an. (Vgl. unten § 21).

§ 2. Geschichtliches.

1. Es wird behauptet, daß es schon im Altertum Wechsel gegeben habe. Einzelne (Lenormant, Revillout) finden sie in den assyrisch-babylonischen sipartu, naspartu oder hudu [6], andere (Boucher, vgl. Schiebe-Brentano) in den angeblichen ound kat

[1] Vgl. Freundt, Wechselrecht der Postglossatoren, 1899 S. 2. Vgl. auch Schaube, Studien zur Geschichte und Natur des ältesten cambium im Jahrb. f. Nat.-Ök. 1895, Bd. 65 S. 159 ff. u. 529 ff. Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts, 1891, I S. 403 N. 51 auch S. 82 N. 105 und S. 161 N. 60, sowie Wieland, Cambium und Wechselbrief, Festgabe für Heusler, Basel 1904, S. 4 ff. und Adler im HWB. der St.W., 3. Aufl., 1911 VIII S. 645 (das Zeitwort cambiare ist keltischen Ursprungs).

[2] Buchwald, Technik des Bankverkehrs, 8. Aufl., 1910, S. 128. — Über die triviale Bezeichnung „Riemen" vgl. unten § 5 B 5 Abs. 5 N. 2.

[3] Walter Conrad, Technik des Bankwesens, 1910, S. 92.

[4] Buchwald, S. 22 N. 1 u. S. 127. — In der Buchhaltungssprache nennt man Rimessen oder Besitzwechsel die Wechsel, die man auf andere besitzt, Tratten oder Schuldwechsel aber solche, die auf uns gezogen sind und sich noch im Umlaufe befinden; vgl. Schär, Kaufmännische Unterrichtsstunden, Kursus I, Lektion 2 S. 35 und Barta, Kaufm. Erläuterung zur WOrdnung, Wien, S. 8. — Nach Leitner S. 236 bezeichnet man als Rimessen die zur Begleichung einer Schuld zahlungshalber versandten Wechsel.

[5] Für die Behandlung des Kausalverhältnisses innerhalb des Wechselrechts kämpft Carl Wieland, Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen, Basel 1901. Literaturnachweise für das sog. zivile Wechselrecht ebendaselbst S. 23 N. 1. Vgl. auch Adler, Österr. WR. 1904, S. 44 ff. u. 46 N. 1.

[6] Allerdings gab es in Babylonien bindende abstrakte Schuldscheine, doch warnt Kohler (Exkurs zu Peiser, Babyl. Verträge S. XXXIV) mit Recht vor der irreleitenden Analogie mit dem eigenen Wechsel.

goudi oder ondegui der Inder[1], manche in der griechischen syngraphe, dem chirographum, den symbola collybistica und epestalmena, im ägyptischen sanch oder daneion[2] viele, selbst Goldschmidt, in der römischen permutatio; auch auf das receptum argentarii hat man hingewiesen. Es ist jedoch die volle quellenmäßige, überzeugende Begründung bisher noch nicht erbracht; auch die Stellen bei Isokrates und Cicero scheinen nicht zwingend. Gewiß hatte das Altertum ein reichentwickeltes Bankwesen, vielleicht auch etwas einem primitiven Wechselverkehr „Ähnliches“[3]; aber es fehlt doch insbesondere der Nachweis, daß die Erfüllung des Zahlungsversprechens von der Präsentation der Urkunde durch die in ihr ermächtigte Person abhängig gewesen sei[4]. Schwerlich hätte auch ein Rechtsvolk wie die Römer eine Urkunde geschaffen, welche, wie die Tratte, das Allerwichtigste, nämlich das Versprechen des Ausstellers, durchaus verschweigt[5].

2. Der Wechsel hat sich im Zeitalter der Kreuzzüge in Italien und den Mittelmeerländern entwickelt, angeblich unter arabischem Einfluß[6]. Daß der Wechsel aus konkretem Anlaß durch vertriebene Juden[7] oder Italiener plötzlich „erfunden“ worden sei, nennt Goldschmidt ein Ammenmärchen.

Den Impuls zur Entwicklung des Wechsels gab das allgemeine Bedürfnis, gangbares Geld auswärts zur Verfügung zu haben. Der reelle Münztransport war kostspielig, beschwerlich und gefährlich, die Geldausfuhr sogar vielfach verboten, das Umlaufsgebiet der Münzen bei der territorialen Zersplitterung[8] und Verderbnis des Münzwesens meist sehr beschränkt.

Abhilfe gewährten die italienischen Geldwechsler, bancherii, campsores (von cambium, cambire). Zunächst betrieben sie wohl nur den realen Münzumtausch von Hand zu Hand, bar gegen bar (den sog. Handwechsel). Dies ändert sich; sie empfangen zwar bar, geben aber keine bare Gegenleistung, sondern versprechen nur, das Äquivalent am fremden Ort in dort geltenden Münzsorten zu leisten; zumeist besitzen sie dort eine Zweigniederlassung oder einen Geschäftsfreund. Dies Versprechen braucht zwar nicht, pflegt jedoch schriftlich zu sein.

So tritt neben den realen Handwechsel (cambium manuale, minutum, purum, sine litteris) das schriftliche Geldüberweisungsversprechen (cambium impurum, cum carta, per litteras). Wohl die ältesten Beispiele finden sich in dem notularium des Genueser Johannes Scriba aus den Jahren 1156—1164.

Streitig ist, ob die Anfänge im See- oder Binnenverkehr liegen, auch, ob ein Zusammenhang mit dem Seedarlehen stattgefunden hat.

Außer den Wechseln der Kampsoren begegnen im 13. Jahrhundert auch Wechsel der fran-

[1] Über Wechsel (hundi, patri) im indischen Gewohnheitsrecht vgl. Kohler in ZVerglR. VIII S. 99 u. 139. Schon im 12. Jahrhundert n. Chr. findet sich hundika für Wechsel, Anweisung. Vgl. Böthlingk und Roth, Wörterbuch VII, 1637. Über japanische Wechsel v. 1297 vgl. Rehme in Z. f. HR. 43 S. 395. — Vgl. Schiebe-Brentano, Lehre v. d. Wechselbriefen, 3. Aufl., S. 2 n. 2.

[2] Gradenwitz in Festgabe für Koch, 1903, S. 262, vergleicht die διαγραφή der Papyri zur Zeit Trajans einer akzeptierten Tratte.

[3] Mitteis in Z. d. Savigny-Stiftung XIX S. 250. Vgl. auch Adler a. a. O. S. 644 über das Vorkommen durch den Deleganten garantierter Zahlungsanweisungen auch auf auswärtige Plätze: „Hier erscheint also die für die Tratte charakteristische Haftung des Ausstellers präformiert“.

[4] Hitzig in der Savigny-Z., 1897, XVIII S. 191. Vgl. auch Partsch in Z. f. HR. 70 S. 489: „Nach echten antiken Wertpapieren wird man dabei vergebens suchen, soweit die heutigen Quellen ein Urteil gestatten.“

[5] Vgl. immerhin Mitteis und Adler a. a. O. (Fragm. 134, 2; 141, 4 (XLV, 1).

[6] v. Canstein, Lehrb. des WR. S. 12 N. 22 a u. Grashoff, Wechselrecht der Araber, 1899. Zustimmend Huvelin in Annales de dr. comm. XV S. 25; dagegen Pappenheim in KrVJS. 43 S. 13 u. Z. f. HR. 38 S. 294, sowie im Grunde wohl auch Adler im HWB. der Staatsw. VIII S. 644. Rehme in Z. f. HR. 50 S. 648.

[7] Über wechselähnliche Urkunden im talmudischen Recht vgl. Rappaport in ZVerglR. XIII S. 193.

[8] Gegen 600 Münzstätten in Deutschland; vgl. Schwencke, Geld- und Kreditwesen im Handbuch der Wirtschaftskunde, IV 1904 S. 413.

zösischen Könige, besonders Ludwig des Heiligen, der Beamten des lateinischen Kaiserreichs (1238)[1] und vielleicht auch von italienischen Studenten[2].

3. Die ursprüngliche Form des Kampsorenversprechens war nicht die Tratte, sondern der Eigenwechsel. Der Wechsler versprach dabei in notarieller Form, das Äquivalent für die von ihm empfangenen Münzen entweder selbst oder durch seinen Beauftragten (Vertreter, Sozius, Boten, per me vel meum nuntium) am fremden Orte auszubezahlen, und zwar an den Geldgeber selbst oder an dessen Beauftragten (Vertreter, Boten, — tibi vel certo tuo nuntio). Die Urkunde enthielt auch die Quittung über die bar empfangene Summe und Münzsorte (Valutaklausel); doch wurde es mit der Frage, ob und wieviel Valuta gegeben war, in der Praxis schon frühzeitig nicht genau genommen (Adler). Verschiedenheit von Ausstellungs- und Zahlungsort (sog. distantia loci) und Münzverschiedenheit bildeten die Regel. Sicherung des Versprechens durch Pfänder und Bürgen begegnet zuweilen[3].

Zu der notariellen Urkunde des Eigenwechsels gesellte sich wohl schon im 12. oder doch im 13. Jahrhundert noch eine zweite (ursprünglich auch notarielle) Urkunde in Anweisungsform, die sog. lettera di pagamento (tracta, remissa). Sie wurde nach der freilich von Schaube u. a. bestrittenen, jetzt aber durch Lattes urkundlich erwiesenen[4] Ansicht Hecks und Goldschmidts zur Ausführung der ersten Urkunde, des Eigenwechsels, gegeben. Sie enthielt kein Zahlungsversprechen des Ausstellers an den Geldgeber, sondern den Auftrag bzw. die Bitte[5] des campsor an seinen im Eigenwechsel vorbehaltenen Beauftragten (Geschäftsfreund, Faktor oder socius), an den Vertreter des Valutengebers zu zahlen; sie erwähnte das zugrunde liegende Geschäft, also auch die geleistete Valuta, und enthielt auch wohl noch zugunsten des Beauftragten ein Schadloshaltungsversprechen, das durch poena dupli, Stipulations- und Verpfändungsklausel verstärkt war; sie wurde verschlossen und gesiegelt entweder dem Valutengeber selbst oder seinem Empfangsbevollmächtigten zur Legitimation eingehändigt. Wurde dieser lettera di pagamento keine Folge geleistet, so haftete der campsor ursprünglich nicht auf Grund derselben, da sie ja kein ausdrückliches Versprechen enthielt, sondern nur auf Grund des notariellen Eigenwechsels.

Allmählich gab man ex aequitate mercatoria bei Nichtzahlung der lettera di pagamento schon aus der letzteren allein den Anspruch gegen den campsor, der sie ausgestellt hatte; man erließ also die Beibringung des Eigenwechsels, indem man das Erfüllungsversprechen des Ausstellers im Empfangsbekenntnis subintelligierte[6] (Baldus: videtur subintelligi). Der notarielle Eigenwechsel kam als überflüssig und kostspielig außer Gebrauch; die Anweisung (tracta, Tratte) wird zum alleinigen und selbständigen Wechsel; sie genoß als Kaufmannsurkunde bald auch ohne notarielle Verbriefung volle Beweiskraft.

4. Die Verdrängung des Eigenwechsels durch die Tratte wurde noch durch zwei Umstände gefördert. Einerseits waren vielfache Verbote gegen jede Münzausfuhr, auch gegen die Münzausfuhr auf dem Wege des cambium, ergangen; die meist formlose private Tratte entzog sich aber jeder Kontrolle. Anderseits haftete an dem Eigenwechsel, welcher zur Verdeckung wucherlicher Geschäfte tatsächlich oft mißbraucht worden war, der Wucherverdacht, während die Tratte mit Ortsverschiedenheit diesem Makel nicht unterlag. Bediente sich doch selbst die Kirche der

[1] Goldschmidt S. 425 ff. N. 99 ff. Die von Valery, Une traite de Philip le Bel in Revue gén. du droit etc., 32 u. 33, 1909 als Tratte aufgefaßte Urkunde von 1297 ist nur eine Anweisung; vgl. Schaube in Z. f. HR. 67 S. 353.

[2] Gareis, S. 627 N. 2 und die dort Zitierten (Biener, Endemann, Bassermann, Die Champagnermessen, S. 62).

[3] Als Pfandobjekte begegnen auch Reliquien (1238 die Dornenkrone Christi) und Insignien (1251 der Thron Friedrichs II.); vgl. Goldschmidt a. a. O.; in dem angeblichen Studentenwechsel, der in des Rolandinus summa artis notariae (1250) enthalten ist, und der vielleicht doch nur ein Schulbeispiel sein sollte, werden juristische Bücher verpfändet; vgl. Goldschmidt S. 427.

[4] In 4 Fällen aus den Jahren 1248 bis 1254. Lattes, Nuovi documenti per la storia del commercio e del diritto Genovese, 1910, S. 37 f, bei Silberschmidt in Z. f. HR. 69 S. 246.

[5] Zuweilen in flehentlichster Form; so Genueser Urk. v. 1248: „unde ... amiciciam vestram deprecor prout possum"; vgl. Silberschmidt a. a. O.

[6] Baldus, Consilia I 348; Freundt S. 65; vgl. auch Goldschmidt S. 446 und Holtius, Abhdlg., deutsch von Sutro, 1852, S. 200.

Tratte, um von auswärts fließende Einkünfte ohne reellen Transport nach Rom zu ziehen. Der Gewinn, der aus der Trassierung dem cambsor unter dem Namen Agio, Provision oder Wechselkurs erwuchs, galt nicht mehr als Verletzung des kanonischen Zinsverbots, sondern als legitimer Arbeitslohn für den Münztransport, der zufolge der distantia loci sofort oder später notwendig wurde oder doch als notwendig angesehen wurde.

Die Tratten ohne distantia loci, bei denen ein Münztransport begrifflich ausgeschlossen war, wurden von der Kirche verboten. Sie heißen Platz tratten, wurden aber auch trockene Wechsel (cambia sicca) genannt, wohl spottweise in den Seestädten, weil sie im Lande blieben und nicht über die See kamen. Der Name des trockenen Wechsels wurde vom Platzwechsel auf den eigenen Wechsel übertragen und ist gerade an diesem haften geblieben. Eine Bulle Pius' V. (1570) verbot alle cambia quae sicca nominantur.

Zur Umgehung des eigenen Platzwechsels verwandte man den meist dem Wucher dienstbaren sog. Ricorsa-Wechsel (mit Personenidentität von Trassat) und Präsentant als die Grundlage einer Rücktratte auf den Ausstellungsort.

Mit den italienischen Kampsoren wanderte die Tratte nach Nordeuropa, auch nach Deutschland, wo sie die Ansätze zu einem eigenen wechselähnlichen Institut (Überkauf) ganz verdrängte; der älteste bekannt gewordene von deutschen Kaufleuten gezogene Wechsel ist vom Jahre 1323[1].

5. Bedeutungsvoll für die Verbreitung und Entwicklung des Wechsels wurden die großen französischen Waren messen (nundinae, feriae), besonders vom 12.—14. Jahrhundert die sechs in ihrer Gesamtheit fast das ganze Jahr ausfüllenden Messen der vier Orte in der Champagne: Bar-sur-Aube, Lagny-sur-Marne, Provins und Troyes (Champagnermessen), vom 15.—17. Jahrhundert die jährlich viermal wiederkehrende Messe in Lyon, errichtet 1419, definitiv geregelt 1494. Mit den Warenhändlern der verschiedensten Länder erschienen dort auch die Kampsoren, besonders Genueser und Florentiner. Sie ersparten den Kaufleuten den Münztransport zur und von der Messe, indem sie die auf die Messe gezogenen Tratten (cambia ad nundinas s. pro feriis) einlösten und auch am Meßorte Tratten auf die Heimat oder beliebige andere Orte (cambia ex nundinis s. de feriis, Ritornowechsel) ausstellten[2]. Der älteste bisher im Wortlaut bekannte Meßwechsel ist von 1243[3]. Aus politischen Gründen verließen die Genueser 1537 Lyon und errichteten auf Anstiften und unter dem Schutz Karls V. in Besançon eine reine Wechselmesse, die 1597 nach Piacenza und um 1648 nach Novi verlegt wurde. Die Meßtratten, besonders auf Lyon (cambium Lugdunense), galten als die regulären Wechsel; die übrigen (cambia platearum) galten als irregularia. Die Meßzeiten wurden zu europäischen Wechselterminen, die Meßorte zu europäischen Wechseldomizilen (Goldschmidt, Adler).

Zur Ersparung der Barzahlung diente auf den Messen die Ausgleichung mittelst Skontration. Sie wurde dadurch ermöglicht, daß alle auf dieselbe Messe gezogenen Wechsel gleichzeitig fällig waren, auf die nämliche imaginäre Rechnungsmünze, den scudo di marche ($^1/_{65}$ einer Mark reinen Goldes) lauteten und bei Meßbeginn zur Erklärung über die Annahme des Zahlungsauftrages vorgelegt wurden; auch galten alle Meßwechselschuldner als gleich gut. Aus der Vorlegung zur Annahme oder Ablehnung entwickelte sich das Institut des Akzepts, das anfangs mündlich und formlos, dann formell, öffentlich und mündlich laut (alta voce), später aber schriftlich auf dem Wechsel selbst erklärt wurde (in Lyon erst 1667).

Die privilegierten Meßgerichte sorgten für schnellen Prozeß (sans longs procès et figures de plaids) und besonders für straffe Exekution mittelst Personalhaft nach dem Grundsatz: solve aut mane. Gegen flüchtige Schuldner wurde von der Meßbehörde das Heimatsgericht angerufen unter Androhung des großen Meßbanns, d. h. des Ausschlusses aller Angehörigen des betreffenden Staats von der Messe.

6. Die ältesten Tratten waren meist auf vier Personen berechnet:

a) den campsor, der die Zahlung am fremden Ort versprach (Trassant);

b) dessen auswärtigen Vertreter oder Geschäftsfreund (extraneus, Trassat);

[1] Schulte, Gesch. des mittelalterlichen Handels, 1900, I S. 281. Über deutsche Eigenwechsel von 1283 vgl. Grünhut I S. 41 N. 1.

[2] Vgl. jetzt jedoch auch Bassermann S. 50 ff.

[3] Schaube, Handelsgeschichte der romanischen Völker, 1906, S. 391 bei K. Lehmann Handb. des Handelsrechts, 2. Aufl. S. 595 N. 3.

c) denjenigen, der die Münzen bar dem campsor hingibt (Remittent, Valutageber);

d) diejenige Person, durch welche der Remittent den Wechsel einzuziehen beabsichtigt (Präsentant, [solutionis causa] adjectus, expositus).

Allmählich unterblieb die Benennung des Präsentanten im Wechselbrief. Der Remittent konnte die Tratte selbst einziehen oder nachträglich einen Präsentanten benennen oder Meßwechsel formlos zu Skontrationszwecken begeben.

Der Remittent konnte aber auch die Wechselforderung zedieren oder für die Einziehung einen Mandatar bestellen (Commissarius, Commis).

Diese Bestellung geschah (wohl in Nachahmung eines Gebrauchs der Kampsoren bei der Meßskontration) durch einen Vermerk auf dem Wechselbrief, und zwar anfangs wie eine Bürgschaft durch einen Vermerk am Fuß der Vorderseite (girata), (1600, neapol. Urkunde), später, nach dem Vorbild der Übertragung anderer Bankpapiere, auf der Rückseite des Papiers (in dorso), daher Indossament genannt (auch inductio, indousche). Mit dem Indossament verband man oft eine antizipierte Quittung, als ob der Indossant die Zahlung des Wechsels vom Bezogenen selbst empfangen hätte. Hierdurch gewann der Erwerber (Indossatar, adjectus in rem suam), der ursprünglich gegen den Bezogenen nur abgeleitete Rechte gehabt, selbständige Gläubigerrechte, so daß er sich Einreden aus der Person des Indossanten nicht mehr gefallen zu lassen brauchte[1].

Diese Entwicklung vollzog sich nicht ohne erheblichen Widerspruch der Juristen und der in ihren Interessen gefährdeten[2] Kampsoren und Girobanken. Im Kampfe mit einer wenig weitblickenden Gesetzgebung (Venedig 1593), welche die wirklichen oder vermeintlichen Gefahren der Neuerung überschätzte, mußte die Freiheit des Indossaments, namentlich des mehrfachen Indossaments (sog. Giro), errungen werden. Man ließ zunächst nur einmalige Indossierung zu und erschwerte sie noch durch das Erfordernis notarieller Form (Neapel 1607 und 1617). Umgehungen blieben nicht aus, so besonders durch Freilassen des Platzes für den Namen des Giratars (in blanco); allmählich gestattete man hie und da eine beschränkte Zahl von Giros, später aber unter dem Vortritt Frankreichs fast überall eine beliebige Zahl formloser Indossamente. Alle Indossanten hafteten für den Eingang des Wechsels.

Diese Haftung der Indossanten ähnelte derjenigen der sog. Avalisten oder Wechselbürgen, welche die Haftung für den Aussteller mittelst Unterzeichnung der Urkunde übernommen hatten; solche Avalisten begegnen schon frühzeitig, beim Eigenwechsel schon 1233, bei der Tratte 1359. Um der Ähnlichkeit der Haftung willen wurden daher bis ins 18. Jahrhundert oft inkorrekterweise die Ausdrücke „Indossament" und „Aval" als gleichbedeutend gebraucht. Daß das Indossament aus dem Aval entstanden sei (Götz), ist unzutreffend; dagegen ist ein Spezialfall des Aval, das sog. Giro-Aval, als Vorstufe des Indossaments zu bezeichnen; es besteht in der Unterzeichnung eines Wechsels, den der erste Verkäufer einer vor der Wechselausstellung unter mehreren Personen zirkulierenden Forderung auf einen fremden Wechselplatz zugunsten des letzten Käufers dieser Forderung unter Angabe der Zwischenpersonen als sukzessiver Geldgeber ausgestellt hat, und zwar seitens jener Zwischenpersonen als Avalisten (Wechsel mit mehreren Valuten oder von terze persone)[3].

Das Valutenbekenntnis verlor seit dem 16. Jahrhundert an Strenge.

7. Mit der Girofreiheit war die Möglichkeit gegeben, den Wechsel über den Kreis der ursprünglichen drei oder vier Wechselinteressenten hinaus zu verbreiten, das Übergewicht der Meßwechsel zu beseitigen und das wirtschaftliche Anwendungsgebiet weit über das ursprüngliche Remittierungsgeschäft hinaus (zur Ersparung von Zahlungen und zum Handel mit kaufmännischen Guthaben) zu erweitern. Das Indossament machte den Wechsel zum zirkulationsfähigen negotiablen Papier; Kuntze vergleicht es „einer elastischen Schnur, an welcher immer neue Obligos sich aufreihen können". Der Wechsel wurde vom bloßen Kampsorenpapier zum allgemeinen kaufmännischen Institut, ja, zum universellen Wertpapier aller Vertragsfähigen; nur vereinzelt blieben die Wechsel bis

[1] Vgl. aber noch Zimmerl, Mühlenbruch u. A. m. bei Alexander Leist, Privatrecht und Kapitalismus, 1911, S. 105 ff.

[2] Vgl. aber auch E. Bassermann, Die Champagnermessen, 1911 S. 66 ff. u. 88.

[3] Grünhut S. 58 Nr. 14 u. Nr. 5; Adler S. 650.

ins 19. Jahrhundert hinein den Bankiers (Siena 1644 und 1692) oder den Kaufleuten (Sardinien 1770, Preußen, Württemberg, Hannover) vorbehalten.

Während ursprünglich der Wechsel sich an den Münzumtausch angelehnt hatte, kann in der Gegenwart jede Verbindlichkeit aus irgendwelchem Rechtsverhältnis die Form des abstrakten Wechselversprechens annehmen, und die Neigung hierzu ist jetzt in höchstem Grade im Verkehr verbreitet. (Kühns, Bedeutung des Wechsels im Geschäftsverkehr, 2. Auflage.)

Mit der Beseitigung des Zinsverbots verloren auch die Platztratte und der Eigenwechsel ihren Makel. Immerhin blieb die Platztratte in vielen Ländern noch lange, in Frankreich bis 1894, unzulässig, während der Eigenwechsel, trotz seiner gesetzlichen Anerkennung (Frankreich 1664, England 1705), dem Kaufmannsstande, von Osteuropa abgesehen, unsympathisch blieb; nach vielen Gesetzgebungen darbt er sogar des Wechselnamens und muß mit anderen Bezeichnungen (billet à ordre, promissory note, vale, pagaré, Orderbillet, Promesse an Ordre)[1] vorlieb nehmen.

§ 3. Die Rechtsquellen des Wechselrechts.

I. Bis zum Ende des 15. Jahrhunderts beruhte das Wechselrecht hauptsächlich auf dem überall wesentlich gleichförmigen Gebrauch (Wechselstil der Kampsoren) und auf der Praxis der Gerichte. Nur einzelne Normen fanden in die Statuten von Städten (Avigon um 1326, Barcelona 1394, Bologna 1454 und besonders von Genua 1588), Kaufmanns- resp. Wechslergilden (Parma 1255, Florenz (artis cambii sanctiones) 1299 resp. 1355 und 1395, Monza 1331, Lucca 1376, Barcelona 1394, Mailand 1396, Brescia 1429, Bergamo 1457 und 1491), sowie in die Meßprivilegien (1295 ff. für die Champagne) und Meßordnungen (Besançon 1597—1636) Eingang.

Mit der zunehmenden Bedeutung der Außermeßwechsel und mit der Erstarkung der Staatsgewalt ergingen zahlreiche lokale Wechselordnungen, die trotz vielfacher Anlehnung aneinander eine arge Zerklüftung des Wechselrechts zur Folge hatten. Hervorragen in Italien die von Pius V. (1569) bestätigten resp. ergänzten Kaufmannsstatuten von Bologna (1509 und 1550) und die 10 Pragmatiken von Neapel (1562—1648).

In Frankreich erging im März 1673 unter Colberts Auspizien und unter der Hauptredaktion Savarys die berühmte Ordonnance du commerce, welche in Titel 5 und 6 das Wechselrecht unter Aufrechterhaltung einzelner unberechtigter Beschränkungen (z. B. der Ortsverschiedenheit) regelt. Das alte Deutsche Reich stellte nur im jüngsten Reichsabschied von 1654 § 107 (fälschlich Reichswechselordnung genannt) und in dem nicht publizierten Reichsschluß von 1671 § 5 etliche höchst dürftige Sätze auf.

Um so fruchtbarer war die Gesetzgebung der deutschen Städte und Länder; von 1603 bis 1844 sind 94 WO. erlassen worden.

Aus der Überfülle partikularer und oft revidierter Wechselgesetze ragen hervor: der Stadt Hamburg Gerichtsordnung und Statuten von 1603, modifiziert 1605, teilweis nach dem Vorbild der Antwerpener Costumen von 1582, die Wechselordnungen von Braunschweig, Augsburg, Frankfurt und Leipzig (1682), sowie ganz besonders das Allg. Landrecht für die Preuß. Staaten von 1794, dessen ausführliche wechselrechtliche Normen (nicht weniger als 537 Paragraphen im achten Titel des zweiten Teils) auch materiell einen bedeutsamen Fortschritt, besonders in den §§ 835, 1156 und 1169, bekunden und unter dem Einfluß der Hamburger Büsch und Sieveking entstanden sind.

Von der höchsten Bedeutung wurde der französische Code de commerce, dessen wechselrechtliche Bestimmungen (livre I tit. 8 A. 110—189) am 11. September 1807 angenommen, am 21. September publiziert wurden und mit dem ganzen Gesetzbuch am 1. Januar 1808 in Kraft traten; sie beruhen im wesentlichen auf der Ordonnance du commerce, sind durch knappe Formulierung ausgezeichnet, für ihre Zeit vortrefflich, aber engherziger als das Preußische Landrecht. Sie gehen von der Auffassung aus, daß der Wechselbrief nur ein Beweis- und ein (nicht einmal immer erforderliches) Ausführungsmittel eines der Ausstellung vorausgehenden Wechselvertrages sei; dieser contrat de change bestehe in der Übernahme der Verpflichtung,

[1] Trumpler S. 175.

gegen einen empfangenen Wert an einem anderen Orte eine bestimmte Summe zu zahlen; daher ist auch das materielle Verhältnis, das der Wechselausstellung zugrunde liegt, in das Wechselrecht hineingezogen. Gleichwohl fand das französische Wechselrecht mit dem Code de commerce im westlichen Deutschland Geltung und wurde in zahlreichen anderen europäischen und außereuropäischen Staaten aufgenommen oder nachgebildet. In Frankreich selbst erlitt das Wechselrecht des Code de commerce durch die spätere Gesetzgebung (19. März 1817, 23. und 24. März 1848, 3. Mai 1862, 7. Juni 1894, 28. März und 23. Dezember 1904, 13. Juli 1905, 20. und 22. Dezember 1906) etliche Modifikationen, deren wichtigste die endliche Beseitigung des Erfordernisses der Ortsverschiedenheit (remise de place en place) für die Tratte ist (G. v. 7. Juni 1894).

II. Die wechselrechtliche Zersplitterung rief in Deutschland, wo in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts 56 verschiedene Wechselordnungen aus ganz verschiedenen Zeiten nebeneinander in Kraft standen und mehr als ein Dutzend neuer Entwürfe entstanden waren, das Bedürfnis nach einer gemeinsamen Wechselordnung hervor. In den Konferenzen der Zollvereinsstaaten (seit 1836) und in den deutschen Ständeversammlungen wurde die Wechselrechtseinheit wiederholt gefordert. In Gemäßheit eines Beschlusses der 8. Generalkonferenz des Zollvereins von 1846 lud Preußen sämtliche, auch die dem Zollverein nicht angehörenden deutschen Bundesstaaten zu einer Konferenz behufs Beratung einer Wechselordnung auf den 20. Oktober 1847 nach Leipzig. Fast alle deutschen Bundesstaaten sandten Vertreter (20 Juristen, darunter Einert, Liebe, Thöl, 10 Kaufleute). Ein dem Allg. Landrecht von 1794 sich vielfach anschließender preußischer Entwurf wurde den Beratungen zugrunde gelegt. In noch nicht zwei Monaten (35 Sitzungen) einigte man sich am 9. Dezember 1847 über den Entwurf einer Allg. Deutschen Wechselordnung in 100 Artikeln, unter totaler Ausscheidung des Wechselprozeßrechts und im Gegensatz zum französischen Recht unter fast vollständigem Ausschluß des zivilen Wechselrechts. Dieser Entwurf wurde in einzelnen kleinen Bundesstaaten alsbald zum Gesetz erhoben, dann von der deutschen konstituierenden Nationalversammlung zu Frankfurt a. M. (unter Kompetenzüberschreitung) unverändert als Reichsgesetz angenommen und als solches unter dem 26. November 1848 vom Reichsverweser durch das am 27. November 1848 ausgegebene „Reichsgesetzblatt" publiziert. Da diese Publikation der gesetzlichen Kraft entbehrte, wurde die Wechselordnung in fast sämtlichen deutschen Bundesstaaten, mit Einschluß von Österreich, (am 25. Januar 1850) im Wege der landesverfassungsmäßigen Gesetzgebung fast überall ohne Änderung eingeführt. Es geschah dies meistens in den Jahren 1848—1851, in einigen wenigen Staaten von 1854—1862, in Schleswig sogar erst 1867.

Da ein einheitliches, oberstes deutsches Tribunal fehlte, die höchsten Gerichte der Einzelstaaten aber einzelne wichtige Rechtsfragen ganz verschieden beantworteten, auch Divergenzen der Landesgesetze (in der Frage der Beschränkung der Wechselhaft) bestanden, so wurde durch Bundesbeschluß vom 19. Februar 1857 die in Nürnberg mit Ausarbeitung eines deutschen Handelsgesetzbuchs beschäftigte Konferenz mit der Beratung und der Einreichung von Vorschlägen beauftragt. Die demzufolge 1858 und 1861 gepflogene Beratung führte zu acht Vorschlägen, den sog. Nürnberger Novellen (der Name rührt von Kuntze her), die durch Bundesbeschluß vom 13. April 1861 zur Kenntnis der Bundesregierungen gebracht und von diesen (1861—1868) als Landesgesetze eingeführt wurden. In Österreich gilt statt der Novellen die materiell von ihnen nur in einem Punkte abweichende Verordnung vom 2. November 1858.

Der Norddeutsche Bund erhob die Wechselordnung nebst den Nürnberger Novellen durch Gesetz vom 5. Juni 1869 zu Bundesgesetzen; nach dem Gesetz, betr. die Verfassung des Deutschen Reichs, vom 16. April 1871 § 2 wurden sie zu Reichsgesetzen erklärt; sie sind durch besondere Reichsgesetze auch in Bayern (22. April 1871), in Elsaß-Lothringen (19. Juni 1872) und Helgoland (22. März 1891) eingeführt. Maßgebend ist der Text des Bundesgesetzblatts von 1869 Nr. 32. Sie gelten auch in den Konsulargerichtsbezirken und in den deutschen Schutzgebieten (RGes. v. 10. Juli 1879, jetzt 7. April 1900 resp. v. 17. April 1886, jetzt 10. September 1900).

Bei jener Erhebung (1869) wurden die partikularrechtlichen Abänderungen zwar aufgehoben, die bloßen Ergänzungen aber (z. B. bez. Protestfristen, Meß- und Marktwechseln) vorbehalten; diese landesrechtlichen Ergänzungen bestehen teilweise noch jetzt zu Kraft (Einführungsgesetz zum HGB. vom 10. Mai 1897 A. 21), sind aber von geringer Bedeutung: die

landesrechtlichen Normen über die Protestfristen sind infolge des Reichsgesetzes vom 30. Mai 1908 beseitigt.

Durch Reichsgesetz vom 29. Mai 1868 (Aufhebung der Schuldhaft) sind Art. 2 sowie die beiden ersten Nürnberger Novellen außer Wirksamkeit getreten. Die Umarbeitung, welcher infolge der Kodifikation des deutschen bürgerlichen Rechts zahlreiche Reichsgesetze unterzogen wurden, ließ die DWO. fast ganz unberührt; nur ein Artikel (80) wurde durch EG. zum HGB. vom 10. Juli 1897 (Art. 8 Z. 2) aufgehoben.

Dagegen brachte das oben bereits erwähnte Reichsgesetz vom 30. Mai 1908, betreffend die Erleichterung des Wechselprotestes (die sog. Protestnovelle[1]) nicht nur die langbegehrte Protestreform, insbesondere die Einführung des Postprotestes, sondern auch mehrere andere wichtige Änderungen (in bezug auf Domizilwechsel, Teilzahlung, Protestfristen, Interventionsprotest u. a. m.); es ermächtigt überdies in § 5 den Reichskanzler, den Text der WO., wie er sich aus allen bisherigen Abänderungen ergab, unter der (gegen früher verkürzten) Überschrift „Wechselordnung" bekannt zu machen. Diese Bekanntmachung der neuen Fassung ist am 3. Juni 1908 im Reichsgesetzblatt erfolgt.

Die Wechselstempelsteuer, die schon durch Bundesgesetz vom 10. Juni 1869 einheitlich geregelt worden, wurde wiederholt durch Reichsgesetz (vom 4. Juni 1879, 4. März und 15. Juli 1909) abgeändert; dazu ergingen Ausführungsbestimmungen des Bundesrats, zuletzt am 26. Juli 1909.

Auf den Wechselprozeß beziehen sich RZPO. §§ 4 Abs. 2, 110, 202 Abs. 2 Z. 5, 538, 592—605 und 708, sowie GVG. § 101 Nr. 2 und 202; auf die Wechsel-Amortisation RZPO. §§ 946—958, 1003—1022. Endlich enthält die Reichskonkursordnung in §§ 34 und 145 besondere Vorschriften für den Wechsel im Konkurse.

Zur Ergänzung kommen, falls dem Wechselversprechen ein Handelsgeschäft zugrunde liegt, die Regeln des HGB., sonst die Bestimmungen des BGB. zur Anwendung, immer aber nur dann, wenn diese Bestimmungen nicht mit dem Wesen und dem Zwecke des Wechselrechts in Widerspruch treten (Dernburg). Nur unter der gleichen Beschränkung könnte Reichsgewohnheitsrecht ergänzend zur Geltung gelangen, partikulares Gewohnheitsrecht dagegen überhaupt nicht.

Soweit nicht die Wechselordnung nach Wortlaut oder Sinn[2] abweichende Abreden ausdrücklich gestattet, sind die gesetzlichen Bestimmungen zwingender Natur. Unterwerfung unter ausländisches Wechselrecht ist durch Domizilierung des Wechsels möglich[3].

Die DWO. sieht im Gegensatz zum französischen Wechselrecht in dem Wechselbrief nicht ein bloßes Ausführungsmittel eines contrat de change, sondern vielmehr den alleinigen Träger des Wechselversprechens, das von dem materiellen, der Ausstellung oder Einlösung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse unabhängig ist[4].

III. Um dieser und anderer Vorzüge willen wurde die DWO. auch außerhalb des Deutschen Bundes adoptiert oder doch frei verwertet. Als Länder engerer Anlehnung sind zu bezeichnen[5]: Österreich (Patent vom 25. Januar 1850)[6], Liechtenstein (1858), Finnland (29. März 1858), Bosnien und die Herzegowina (1883), die Schweiz (BG. über das Obl.-R. vom 14. Juni 1881 resp. 30. März 1911 Art. 720 ff.), Ungarn (nebst Kroatien-Slavonien), (Gesetzesartikel XXVII vom 5. Juni 1876), Bulgarien (Handelsgesetz 29. Mai 1897), die drei skandinavischen Reiche (7. Mai 1880) nebst Island (13. Januar 1887) und mit veränderter

[1] Über den Vorentwurf vgl. meinen Aufsatz in Z. f. HR. 59 S. 104 ff. — Über die Notwendigkeit einer allgemeinen Revision der Wechselordnung vgl. Rießer in Z. f. HR. 33 Beilageheft S. 104 ff., auch das Referat über meinen Vortrag im 39. Jahresbericht der Berliner Jurist. Gesellschaft 1897/1898, sowie besonders Bernstein, Die Revision der WO., 1900.

[2] Cosack S. 212. Vgl. Beyer in Z. f. HR. 34 S. 1 ff. Lehmann S. 612.

[3] Meili, Das internat. Zwil- u. Handelsrecht II S. 330.

[4] Über Frankreich und England vgl. oben § 1 N. 2.

[5] Trumpler S. 1.

[6] Über die V. v. 2. Nov. 1858 vgl. oben im Text die Bemerkung bez. der Nürnberger Novellen; es kommen noch hinzu das Ges. v. 19. Juni 1892 (sog. Jasinskische Novelle), das Einf.-Ges. zur ZPO., sowie die Konkursordnung. Vgl. Adler, Österr. WR. S. 13. Felix Meyer, Weltwechselrecht I, 1909, S. 12.

Disposition jetzt Rußland (WO. vom 27. Mai [9. Juni] 1902) (mit Ausnahme von Polen und Finnland), sowie in der Hauptsache, trotz französischer und englischer Einflüsse und manchen originellen Zugs (Adler), Japan (HGB. vom 26. April 1890 Art. 699—815). Freier benutzt ist die DWO. im italienischen Cod. di comm. vom 31. Oktober 1882 Art. 251—338, dem sich die Handelsgesetzbücher von Rumänien (1886 Art. 270—363) und Portugal (1878 Art. 278—339) anschließen, sowie in San Marino (1. April 1882), Peru (1902), San Salvador (1904), Venezuela (1904) und Brasilien (1908).

IV. Der deutschen Gruppe gegenüber stehen die Staaten, welche den Code de comm. adoptiert oder mehr oder minder frei nachgebildet haben. Sind auch mehrere derselben (Westdeutschland, Belgien, Italien, die welschen Kantone der Schweiz) inzwischen zum deutschen System übergegangen, so gilt das französische Wechselrecht rein oder modifiziert doch gegenwärtig außer in Frankreich und seinen Kolonien noch in zahlreichen Ländern, so in Luxemburg (1807), Polen (1809), Monaco (1818 resp. 1877), den Niederlanden (wetboek van koophandel vom 10. April 1838), (ein Gesetzentwurf über Handelspapiere [auf deutscher Basis] ist liegen geblieben), den niederländischen Kolonien (Indien 1847, Surinam und Curaçao 1868), Griechenland (1. Mai 1835)[1], den jonischen Inseln (1866), Samos, Cypern, Kreta, der Türkei (1850, Anhang 1860), Ägypten 1875[2], der Insel Mauritius, den Seyschellen, Haiti (1826), San Domingo (1884), Spanien (1829 resp. 22. August 1885) sowie 11 dem alten oder neuen spanischen HGB. sich anschließenden zentral- resp. südamerikanischen Republiken[3]. Französische und deutsche Bestimmungen vereinigt die Ordonnanz von Malta (2. Oktober 1857 Art. 106—246), sowie das HGB. von Serbien vom 26. Januar 1860 und von Belgien vom 20. Mai 1872[4].

V. Eine dritte Wechselrechtsgruppe bilden die Staaten des englisch-amerikanischen Rechts. Eine Kodifikation ist für England, Schottland und Irland erfolgt (Bills of Exchange Act vom 18. August 1882; 45 und 46 Vict. cap. 61); sie fixiert in 100 Sektionen im wesentlichen nur das in der Praxis geltende Wechsel- und Scheckrecht ohne große gesetzgeberische Neuerung; für Schottland bestehen etliche Abweichungen, hauptsächlich bezüglich der Deckung (s. 53). Sie gilt jetzt auch in fast allen englischen Kolonien (mit Ausnahme von Malta, Cypern, Mauritius und den Seyschellen) und mit geringen Abänderungen in Ostindien, dessen Act von 1887 der deutschen WO. ursprünglich näher stand, seither aber dem englischen Recht immer ähnlicher gestaltet wurde[5]. — In den Vereinigten Staaten von Nordamerika wurde 1896 ein von John J. Crawford ausgearbeiteter Entwurf eines Gesetzes über Order- und Inhaberpapiere von der „Conference of Commissioners on Uniformity of Laws" beraten und seither in Neuyork (1897) und 31 Staaten, 2 Territorien und einem Distrikt mit geringfügigen Abweichungen als Gesetz unter dem Namen „The Negotiable Instruments Law" eingeführt; §§ 210—325 beziehen sich spezell auf Wechsel und Schecks. In den übrigen Staaten gilt das englische Gewohnheitsrecht fort, und nur für etliche Nebenfragen (Zinsen, Verjährung, Protesttage) bestehen einige Spezialgesetze der Einzelstaaten. Auch das ganze Dominion of Canada hat jetzt ein dem englischen Recht sich anschließendes Wechselrecht (Ges. v. 16. Mai 1890 Kap. 33); ebenso Australien (Ges. v. 13. Dezember 1909)[6]. Zu dieser Gruppe gehört noch Liberia und wohl auch der ägyptisch-englische Sudân.

---

[1] Über eine wichtige Novelle vgl. Nicoletopoulos im Jahrb. f. internat. Rechtsverkehr I, 1912, S. 760 ff.

[2] Über die beiden ägyptischen C. de comm. (mixte resp. indigène 1883) vgl. Meyer S. 8 u. 9.

[3] Argentinia 1889, Bolivia 1834, Chile 1865, Columbia u. Panama 1869 resp. 1887, Ecuador 1882, Guatemala 1877, Honduras 1898, Nicaragua 1869, Paraguay 1903 und Uruguay 1866, sowie trotz mancher Anlehnungen an das englische Recht Costa Rica 1902, Trumpler S. 15; Meyer S. 27 stellt Costa Rica dagegen zur englischen Gruppe. Über Spanien vgl. Mittermaier in Z. f. HR. 33 S. 311 und Goldschmidt, System des HR., 3. Aufl. S. 250; a. M. H. O. Lehmann in Birkmeyers Enzykl. S. 690.

[4] Serbien und Belgien werden von Trumpler S. 9, 10 N. 29 zur französischen Gruppe gerechnet; ebenso Meyer S. 25 bezüglich Serbiens; dagegen stellt er S. 26 Belgien nebst Spanien, Malta, Kuba, Puerto Rico, den Philippinen und Honduras zu einer „Zwischengruppe" zusammen. Vgl. übrigens auch meine Beiträge z. einheitl. WR., 1880, S. 47 u. Pappenheim in Z. f. HR. 28 S. 534.

[5] Meyer I S. 17.

[6] Vgl. Jahrb. f. d. intern. Rechtsverkehr I 1912, S. 715 ff.

Das englisch-amerikanische Recht steht dem deutschen in vielen Beziehungen näher als dem französischen; dennoch nimmt es eine Sonderstellung ein, zumal die Formstrenge zurücktritt und (im Interesse der Billigkeit) individuelle Momente berücksichtigt werden. — Übrigens ist die Trennung der Gruppen keine ganz scharfe; „überall laufen die Grenzen ineinander“ [1]. Ohne besonderes Wechselrecht sind China, der Kongostaat, Montenegro, Andorra, Persien und Siam [2].

VI. Die Verschiedenheit der Wechselgesetzgebungen schädigt den Weltwechselverkehr; sie ist weniger durch die Nationalität als durch den verschiedenen Zeitpunkt der Kodifikation und die temporär herrschenden theoretischen Auffassungen herbeigeführt. Die Herstellung eines einheitlichen Wechselrechts ist daher seit Marperger (1709), Schrottenfels (1715) und Accarias de Sérionne (1766) oft gewünscht worden [3].

Das im deutsch-französischen Kriege erlassene Wechselmoratorium und seine Konsequenzen machten das Bedürfnis einer Wechselrechtseinheit besonders fühlbar. Eine Reihe von Entwürfen eines Weltwechselrechts wurden aufgestellt[3], insbesondere

1. von der Association for the reform and codification of the law of nations, 1876 (die 27 sog. Bremer Regeln);

2. vom Institut de droit international, 1882 (Norsascher Entwurf);

3. von den durch die belgische Regierung einberufenen Kongressen von Antwerpen und Brüssel (1885 und 1888, sog. loi type);

4. von dem internationalen Handelskammerkongreß zu Paris 1889 (die 18 Leitsätze von Lyon-Caen und Couste);

5. im Auftrag der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin 1909 durch den Kammergerichtsrat Dr. Felix Meyer in 111 Paragraphen;

6. von der Konferenz der International Law Association zu Budapest im September 1908 (durch Byles, Sichermann, Phillimore, Rießer u. a.[4] (die 27 Budapest Rules).

Diese Entwürfe entbehrten zwar nicht ganz des Einflusses auf einzelne nationale Gesetzgebungen, wie auf das franz. Gesetz von 1894 und das portug. HGB., aber sie hatten doch im Grunde nur literarische Bedeutung. In das diplomatische Stadium trat die Weltwechselrechtsbewegung im Jahre 1908 durch die (im Einverständnis mit Deutschland und Italien) seitens der Königl. Niederländischen Regierung erfolgte Einladung zu einer internationalen Wechselkonferenz. Die Einladung erging (nebst einem Fragebogen [5] über 56 Hauptpunkte) an alle an der Haager Friedenskonferenz beteiligten Staaten. 17 von ihnen sandten Beantwortungen ein. Ein vom deutschen Reichsjustizamt ausgearbeiteter Entwurf [6] wurde im Februar 1910 einer in Wien abgehaltenen Konferenz deutscher, österreichischer, ungarischer und italienischer Delegierten unterbreitet. Zwei internationale Konferenzen fanden vom 23. Juni bis zum 25. Juli 1910 und vom 15. Juni bis zum 23. Juli 1912 an im Haag statt; 32 resp. 33 Staaten waren vertreten; den Vorsitz führte der niederländische Minister Professor Dr. T. M. C. Asser,

---

[1] Meyer I S. 2.

[2] Ebendas. S. 21 ff.

[3] Vgl. zur Geschichte der Einheitsbewegung meine Beiträge zum einheitlichen Wechselrecht, 1879, S. 11 ff. u. 139; Vorträge, Heidelberg 1888 S. 106 ff. u. in ZVerglR. IV S. 1 ff. von Raalte in Themis 41 S. 437 ff., Pappenheim in Z. f. HR. 28 S. 509 ff., Speiser in Z. f. HR. 36 S. 00, Sacerdoti im Arch. giur. 13 S. 295, und besonders Felix Meyer, Denkschrift 1906 und Weltwechselrecht, 1909 Bd. II S. 2 ff. Die im Text zu 1—3 genannten Entwürfe sind in Meyers Denkschrift S. 139 ff. abgedruckt. Vgl. auch Zürcher Handelskammer, Jahresbericht für 1910, S. 54 ff. u. Felix Meyer in Verhandlungen der Intern. Vereinigung f. vglch. R.-Wiss., Hdlbg., 1911, S. 504 ff.

[4] Die Budapest Rules schließen sich an die Bremer Regeln mit einigen Zusätzen u. Abänderungen an. Vgl. Meyer, Weltwechselrecht II. S. 9 ff. u. 416 ff., sowie Sichermann, Budapest Conference 1908, paper on the unification etc. (Intern. Law Association 1908) und Wieland in Z. f. HR. 66 S. 1 ff.

[5] Abgedruckt bei Meyer II S. 408.

[6] Vgl. Reichsanzeiger v. 27. X. 1907, JWS. 39 S. 963 ff. Vgl. auch Simons in DJZ. v. 15. XI. 1910.

der schon 46 Jahre zuvor für die Wechselrechtseinheit literarisch eingetreten war[1]; Referenten des Hauptausschusses waren Lyon-Caen und Simons.

Aus den Beratungen der 1. Haager Konferenz gingen ein „Vorentwurf eines einheitlichen Gesetzes über den gezogenen und den eigenen Wechsel" in 88 Artikeln und außerdem ein „Vorentwurf eines Abkommens zur Vereinheitlichung des Wechselrechts" in 26 Artikeln hervor[2].

Ein Hauptstreitpunkt ist die Frage, ob die Bestimmungen über die Deckung nach deutschem Vorbild vom Wechselrecht ganz auszuscheiden oder, wie im Code de comm., in die Wechselordnung aufzunehmen sind. Daneben bestehen erhebliche Gegensätze[3] bezüglich des Einflusses der höheren Gewalt auf den Ablauf der Fristen, bezüglich der formellen Erfordernisse des Wechsels, der Akzeptabilität, des Regresses mangels Annahme, der Notifikation u. a. m.

§ 4. Literatur.

1. Wohl der erste, der sich mit dem Wechsel eingehend, und zwar um des Wucherverdachts willen, beschäftigte, war der Kanonist Kaspar Calderinus (um 1380)[4], dem aus gleichem Grunde eine lange Reihe von Theologen folgt, aus denen besonders Kardinal Cajetanus (Thomas de Vio) mit seinem Traktat de cambiis[5] (1499) hervorragt.

Die weltliche Literatur beginnt im 14. Jahrhundert mit dem Gutachten des Postglossators Baldus, dessen consilium I 348 als ein wirkliches Kompendium des damaligen Wechselrechts bezeichnet wird[6], und seines Schülers Romanus.

2. Eine wirklich wissenschaftliche Behandlung erfährt das Wechselrecht erst im 17. Jahrhundert durch die beiden Genueser Sigism. Scaccia, Tract. de com. et cambio, 1618, und Raphael de Turri, Tract. de cambiis, 1641. Beide berücksichtigen noch das kanonische Zinsverbot; beide zitieren als hohe Autorität die Entscheidungen der Rota Genuae aus dem 16. Jahrhundert.

Zu großem Ansehen gelangte das (auf Grund praktischer Erfahrungen in einem Amsterdamer Bankhause) 1677 veröffentlichte, mehrfach übersetzte und fortgesetzte Werk des Buchhalters Phoonsen: „Wissel-Styl tot Amsterdam", das neben einer systematischen Darstellung des Wechselrechts den Kaufleuten nützliche Ratschläge in Wechselsachen gibt und von Isac Le Long fortgesetzt worden ist. Ziemlich zu derselben Zeit geht die literarische Führung von den Italienern auf die Franzosen über, insbesondere auf Jacques Savary, den Hauptredakteur der Ordonnance du commerce, dessen Gutachten und dessen Werk: „Le parfait négociant", 1675, weit über Frankreich hinaus Geltung fanden, sowie auf Jacques du Puy

---

[1] Asser, De la lettre de change, Bruxelles 1864. Vgl. auch Revue de dr. intern. et de lég. comp. 11 (1880) p. 8 u. Assers u. van Nierops Gutachten für die Niederl. Juristenvereinigung 1880 (Pappenheim a. a. O., S. 511 N. 1 u. 3).

[2] Abgedruckt und erörtert von Wieland in Z. f. HR. 68 S. 345 ff. u. Simons in DJZ. XV Nr. 22 Vgl. auch Sacerdoti, Projetto prelim. in Atti del R. Istit. Veneto d. scienze etc., Tom. 70 parte 2 p. 843 ff., Schuster, Der Haager Entw. v. englischen Standpunkt im Bank-Arch. X S. 113 ff., Buzzati in Revue de dr. intern. pr. 1910 p. 493, v. Flotow im Bank-Arch. X, S. 53 ff.. Adler im HWB. S. 656. — Die amtlichen Protokolle der ersten Haager Konferenz sind in zwei Foliobänden (Documents bzw. Actes) (Haag 1910) publiziert. Die Resultate der zweiten Konferenz (1912) waren bei Abschluß dieser Darstellung noch nicht zur Veröffentlichung bestimmt. Die Zitate Hg. I beziehen sich auf die Beschlüsse der ersten Konferenz.

[3] Trumpler S. 19 ff. stellt 38 Hauptdifferenzpunkte zusammen; vgl. übrigens auch schon Grünhut I S. 261 N. 12 a. E., Thaller im Bull. de la Soc. de lég. comp. 29, 1900, S. 800; Sacerdoti in Dir. comm. 20, 1902; Meili a. a. O. S. 314 u. 321 und meine Beiträge z. einheitl. Wechselrecht S. 38 ff.

[4] Er starb 1399, nicht 1309, wie Endemann, Studien I S. 121, annimmt; vgl. Biener, Wechselrechtliche Abhandlungen S. 58 u. 80 N. 2. — Über Rolandinus, Durantis u. Pegoletti vgl. Kuntze in Endemanns Handb. des HR. IV S. 18 u. 48.

[5] In Tractatus tractatuum universi juris VI. — Über den Franziskanermönch Luca Pacioli und seinen Traktat de cambiis vgl. Goldschmidt I S. 246 N. 36, sowie die beiden Schriften Jägers 1878 u. 1895.

[6] Freundt, Vorwort S. IV. Vgl. auch Goldschmidt I S. 444 N. 135, S. 446 N. 142 u. (über consilium Nr. 190) S. 443 N. 131, sowie in Z. f. HR. 41 S. 127 ff.

de la Serra, dessen „L'art des lettres de change suivant l'usage des plus célèbres places de l'Europe", 1693, die erste systematische Darstellung des Wechselrechts in Frankreich war.

3. Aus zahlreichen Schriften des 18. Jahrhunderts ragen hervor des Genuesen Casaregis Werk „Il cambista instruito", 1729, des aus dem Kaufmannsstande hervorgegangenen J. C. Franck Institutiones juris cambialis, 1721, des bekannten Pandektisten Aug. Leyser Meditationes ad Pand., Specimen 123 u. 202, 1721, des eleganten Zivilisten und Germanisten J. G. Heineccius Elementa juris cambialis, 1742, die 1775 zur subsidiären Rechtsquelle im Königreich Polen erhoben wurden, Siegels Corpus jur. camb., 1742, J. L. C. Püttmanns Grundsätze des Wechselrechts, 1784, und Pothiers berühmter, selbst in englischen Gerichtshöfen als Entscheidungsquelle betrachteter Traité du contrat de change, 1763.

4. Aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts sind von deutschen Werken hervorzuheben die Lehrbücher des Handelsrechts von v. Martens (3. Aufl. 1820), Bender, 1828, und Poehls, 1829, das „Deutsche Privatrecht" von Mittermaier (7. Aufl. 1847), Treitschkes tüchtige „Enzyklopädie der Wechselrechte und Wechselgesetze", 1831, sowie das bahnbrechende Werk Carl Einerts, „Das Wechselrecht nach dem Bedürfnisse des Wechselgeschäfts im 19. Jahrhundert", 1839, und Liebes Entwurf einer WO. für Braunschweig, 1843.

5. Die Deutsche Wechselordnung ist vielfach kommentiert worden, insbesondere von Liebe (anonym erschienen, Leipzig 1848), Volkmar u. Locwy 1862, S. Borchardt, 8. Aufl., besorgt von Osk. Borchardt, 1882, Rehbein, 8. Aufl., besorgt von Mansfeld, 1909, H. Staub, 1895, fortgesetzt von J. und M. Stranz, 8. Aufl. 1912, W. Bernstein, 1898, kürzer von C. Gareis, 8. Aufl. 1910, J. u. M. Stranz, 10. Aufl. 1909, Georg Cohn u. Georgi in Handelsgesetze des Erdballs XIII Abt. 2, 397 ff.

Unter den systematischen Darstellungen des neueren deutschen Wechselrechts ragen hervor: H. Thöls meisterhaftes Handelsrecht, Bd. II, 1848, 4. Aufl. 1878, die Darstellung von Kuntze, 1862 und (in Verbindung mit Brachmann) in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. IV (1884), H. O. Lehmann, 1886 und in Birkmeyers Enzykl. S. 687 ff., v. Canstein, Lehrb. des WR., 1879 u. (verkürzt) Das Wechselrecht Österreichs usw., 2. Aufl., 1903; Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens Bd. II, 2. Abt. 1901, S. 225—337; Cosack, Lehrb. des Handelsrechts, 7. Aufl. 1910, S. 211 ff., K. Lehmann, Lehrb. des Handelsrechts, 2. Aufl., 1912, S. 584 ff., und ganz besonders Grünhut, Wechselrecht I u. II, Leipzig 1897, in Bindings Handb. der d. Rechtswissenschaft, verkürzt als Lehrbuch des Wechselrechts, 1900. Zu nennen sind auch: Renaud, 1868, Hartmann, 1869, O. Wächter, Enzyklopädie des WR., 1880, und das WR., 1883, Gareis, Handelsr., 8. Aufl., S. 621 ff., und die kürzeren Darstellungen von Beseler resp. Gerber-Cosack im „System des d. Privatrechts", Endemann und v. Sicherer in der 4. u. 5. Aufl. dieses Werkes, sowie Goldschmidts leider nur teilweise ausgeführtes „System des Handelsrechts im Grundriß", 4. Aufl. 1892, W. Bernsteins gute und leicht verständliche Vorlesungen, 1909, auch C. Wendt, Allgem. Anweisungsrecht, 1895, und C. Wieland, Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen, 1901.

6. Das französische Wechselrecht behandeln u. a. Pardessus, Cours de droit comm., 1814, 6. éd. 1856; Nouguier, Des lettres de change, 1839, 4. éd. 1875; Lyon-Caen et Renault, Traité de droit comm., 4. éd., tome IV, und Thaller, Traité élém. de dr. comm., 4. éd., 1910, Nr. 1235 ff., ferner der Kommentar von Bédarride, 1886. — Das italienische Wechselrecht betreffen: Vidari, La cambiale, 1885 u. Corso di dic. com. 5. ed., 1900 ff., Supino, La cambiale e l'assegno banc., 1888, u. Comment. 3. ed, 1910; Marghieri, 5. ed. 1890; Sorani, 1896, und Vivante, Trattato di dir. comm. 3. ed., 1907; das englische: J. W. Smith, A compendium of mercantile law, 11. ed. 1906; Chalmers, A digest on the law of bills (6. ed.) und Byles, A pract. comp. of the law of bills etc., 17. ed. (besorgt von Watson), sowie A. K. Loyd, Four lectures on bills of exchange, 1895; das belgische: Namur, Lec. d c. belge révisé I, 1876; das holländische: Zubli, 1851, N. K. F. Land, Beginselen 1881, Kist in den Beginselen von handelsregt, 2 ed. 1874, II, Molengraaff, Leidraad van het rederl. handelsrecht, 1899, S. 139 ff., T. M. C. Asser, Schets van het nederl. handelsregt, 11. druck, 1908, S. 91 ff.; das ameri-

kanische: Daniels & Douglas, A treatise on the law of negotiable instruments, 5. ed.; Crawford, The negot. instr. law, 2. ed. 1902, auch Schnitzler, Wegweiser für den Rechtsverkehr usw., 2. Aufl. 1903; das schweizerische: die Lehrbücher des Obligationenrechts (Haberstich), resp. des neuen Zivilrechts (Roßel, Manuel du dr. civil suisse, III, 1912, p. 759 ff. und die Kommentare, besonders Schneider-Fick, 4. Aufl. 1912, und Oser (im Erscheinen), auch Curti, Schweiz. Handelsrecht, 1909, 2. Aufl., S. 109 ff., sowie Glücksmann, Grundriß des Wechselrechts u. Wechselverkehrs, 1908.

7. Die bis 1871 geltenden Wechselrechte finden sich in S. Borchardts „Vollständige Sammlung der D. Wechselgesetze usw.", und zwar in Original und Übersetzung; die Sammlung ist fortgesetzt durch O. Borchardt, Handelsgesetze des Erdballs (1884 ff.), jetzt in 3. höchst erweiterter Auflage, herausg. von Kohler, Dove, Meyer und Trumpler, 1906 ff.

8. Über die Geschichte des Wechselrechts handelt J. F. v. Martens, Versuch einer historischen Entwicklung des wahren Ursprungs des Wechselrechts, 1797; Frémery, Etudes de dr. comm., 1833; Biener, Abhdlg. aus d. Gebiet d. RGesch., 1848, und Wechselrechtliche Abhdlg., 1859; Neumann, Gesch. des Wechsels im Hansegebiet, Z. f. HR. VII, Beilageheft; Götz in Ersch u. Grubers Enzyklopädie Sect. 1 Bd. 68 S. 1 ff.; Schaps, Gesch. des Wechselindossaments, 1892; Endemann, Studien in der röm. kanon. Wirtschafts- und Rechtslehre I, 1874; Lastig, Entwicklungswege u. Quellen des Handelsrechts I, 1877, Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts, 1890, I S. 403 ff.; Schaube in Z. f. RG. XXVII, 1893, und in Z. f. HR. XLIII, in Jahrb. für Nat.-Ök. u. Statist. Bd. 70 u. 73, sowie in Z. f. Sozial- u. Wirtschaftsgeschichte Bd. V; Freundt, Das Wechselrecht der Postglossatoren I, 1899, II, 1910; Graßhoff, Das Wechselrecht der Araber, 1899; Adler in Handwörterb. d. Staatsw. VIII S. 641 ff. und die dort S. 656 ff. Zitierten; Molengraaff a. a. O. S. 139 ff., Kohler-Hecht in Z. f. HR. 59 S. 595 ff., Wieland, Festgabe für Heusler a. a. O., Bassermann a. a. O., Pitman's Bills, Cheques and Notes, 1910, S. 4 ff, und Huvelin in den Annales de droit comm. XV (1901) p. 1 ff. u. XVI (1902) p. 302 ff.

9. Rechtsvergleichende Schriften sind: Späing, Franz.-belg.-engl. WR. im Anschluß an die DWO., 1890, Georg Cohn, Beiträge z. einheitl. WR., 1880 u. Z. f. vgl. RW. IV S. 1 ff.; Rießer in ders. Ztschr. VII S. 1 ff. Pappenheim in Z. f. HR. 28 S. 509 ff., besonders Felix Meyer, Das Weltwechselrecht, 1909, und neuestens Trumpler und Zybell, Syst. rechtsvergleichende Darstellung des WR. aller Kulturvölker, 1912. — Ausführliche Literaturnachweise in den angeführten Lehrbüchern.

§ 5. Wirtschaftliche Funktionen [1].

A. Der Eigenwechsel begegnet, von Rußland abgesehen, im Großhandel seltener als die Tratte. Er dient

1. zumeist als Sicherheit (Deckung, Depot, Pfand, Kaution) für bedingte oder nicht fällige Forderungen, z. B. der Versicherungs-Aktiengesellschaften aus der Aktienzeichnung, der Kartell-Zentralstelle auf Konventionalstrafe wegen Übertretung der Kartellfestsetzungen [2];

2. bei Darlehnsaufnahme zur Befestigung der Stellung des Gläubigers mittelst Verschaffung der wechselrechtlichen Garantie für die pünktliche Rückgabe. Oft wird der Gläubiger gleichzeitig noch durch Verpfändung von Wertpapieren gesichert, wobei der Pfandvertrag (in der Schweiz) meist auf die Rückseite des Wechsels gesetzt wird (sog. echte Lombardwechsel [3]);

3. mißbräuchlich auch wohl, um Forderungen (mittelst Indossierung an gutgläubige Dritte) zivilrechtlich statthaften Einwendungen (Spiel, Wette, Wucher, Kompensation u. a. m.) zu entziehen. (Vgl. unten S. 165 u. 184).

[1] Lengner, Der Wechsel in seiner wirtschaftlichen Bedeutung, 1895; Conrad, Grundriß zum Studium der polit. Ökonomie I, 4. Aufl. 1902, §§ 56 ff.; Lexis, Handwörterb. der Staatsw. VII S. 697 ff.; Schär-Langenscheidt, Wechselkunde u. Wechselrecht, 2. Aufl. (Kaufm. Unterrichtsstunden, Kursus I). Rießer, Die deutschen Großbanken, 3. Aufl. 1910 S. 169 ff., 215 ff., 228 ff., 458. Leitner a. a. O. S. 272 ff., Buchwald a. a. O. S. 115 ff., Walter Conrad, Technik des Bankwesens 1910, S. 32 ff., 87 ff.

[2] Schär § 18 S. 37.

[3] Schär § 25. Leitner S. 288.

B. Die Tratte dient

1. zur Beschaffung von Geld an fremdem Orte, — historisch ihr ältester Zweck;

2. zur bequemen Einziehung (Inkasso) von Forderungen unter Ersparung der Kosten des Geldtransports;

3. zur Herbeiführung eines durch die Wechselstrenge gesicherten Anerkenntnisses (Akzepts) von Forderungen im Warenhandel (auch wohl Fakturenwechsel genannt). Dies ist der häufigste Dienst. In der Gegenwart wird besonders in Österreich über die Abneigung der Warenkäufer, Wechsel zu akzeptieren, geklagt;

4. zur Realisierung noch nicht fälliger Forderungen; sie erfolgt in der Regel in der Form der Indossierung unter Abzug des Zwischenzinses; sie bildet den Gegenstand des Diskont- oder Escompte geschäftes[1] und gestattet dem Warenhändler, seine Waren auf Kredit (Ziel) zu verkaufen und den Kaufpreis unter geringem Abzug noch vor der Fälligkeit nutzbar zu machen (Kunden- oder Warenwechsel). Durch die beiden Zwecke (zu 3 und 4) ermöglicht die Tratte eine unabsehbare Menge Geschäfte, die beim Barkauf oder bloßen Buchkredit unterblieben wären. Die Reichsbank diskontiert nur Wechsel, welche die Unterschrift von mindestens zwei als solvent bekannten Personen oder Firmen tragen.

5. zur kreditweisen Geldbeschaffung. Besonders geschieht dies durch die sog. Kreditakzepte der großen Banken[2], die gegen genügende Sicherheit und Provision auf sie gezogene Tratten akzeptieren und damit ihren eigenen Kredit dem Aussteller dienstbar machen.

In Deutschland laufen über 2 Milliarden Mark Bankakzepte um[3]. Im überseeischen Warenverkehr[4] werden solche Tratten meist nicht von dem des Kredits bedürftigen Warenkäufer, sondern für seine Rechnung von seinem Verkäufer auf die Bank gezogen (sog. Kauf gegen bestätigten Bankkredit); die Bank gibt ihr Akzept nur gegen Aushändigung der der Tratte angehefteten Dokumente, d. h. des Konnossements und der Versicherungspolice der versandten Ware (sog. dokumentierter Wechsel, traites documentaires). Analog dient im sog. Rembourskgeschäft[5] der Spediteure dem kreditbedürftigen Käufer das Akzept des vom Verkäufer bezogenen Spediteurs, dem die zur Versendung empfangene Ware zur Sicherheit gereicht[6]. Der Kreditbeschaffung dienen auch die sog. Gefälligkeitswechsel[7] (lettres de change de complaisance[8], accomodation bills, kites, windmills, windbills, kiteflying)[9], die ohne Deckung von befreundeten meist verwandten Personen (sog. Familien- oder Verwandtschaftswechsel[10]) akzeptiert werden, um dem Aussteller die leichtere Diskontierung zu ermöglichen; dabei wird vereinbart, daß der Aussteller dem Akzeptanten vor Verfall die Deckung schicke. Sie arten, wenn sie von mehreren wechselseitig zur Beschaffung von Geld erteilt werden, zur Wechselreiterei aus (faire la navette, faire de l'argent par

---

[1] Prion, Das D. Wechseldiskontgeschäft, 1907. Nordhof, D. Wechseldiskontgeschäft, 1909. — Über Rediskontierungen, d. h. Weiterveräußerung angekaufter Wechsel vgl. Rießer S. 169 ff. u. 217, Buchwald S. 114 u. 123. Breit, Bankgesetz, 1911, S. 130.

[2] Rießer S. 215 ff. unterscheidet 3 Arten von Bankakzepten: Warenakzept, Industrieakzept u. Spekulationsakzept. Vgl. auch Schauwecker, Das Bankakzept im Dienste des Betriebskredits (in Z. f. HWiss. u. HPraxis, 1911 S. 44 ff.

[3] Breit S. 124 N. 1. Nähere Angaben bei Rießer S. 200, 218, 223 ff. Vgl. auch Hecke in LeipzZ. V S 734.

[4] Näheres bei Leitner S. 288 ff. u. in den von ihm zitierten Schriften von Rosendorf, Hauser, Schinkel und Simon.

[5] Über Rembourskredit vgl. Buchwald S. 218 ff., über die in der Praxis des Exportgeschäfts ungemein häufige Vereinigung von Rembours- und Akzeptkredit vgl. ebendas. S. 22 ff. u. 352.

[6] Vgl. Lengner S. 15.

[7] Hacmann, Gefälligkeitswechsel und Wechselreiterei (im Arch. f. bürgerl. Recht, 1911, Bd. 36, S. 121 ff.

[8] Walter, Les crédits par acceptation et les effets de complaisance. Thèse, Paris 1910.

[9] Rießer S. 217. Thomson, Dictionary of banking 1911, S. 8 u. 290. — Über „kiting" durch Schecks vgl. Hulshoff, De cheque, Proeve, Amsterdam, 1870 S. 26 und die dort zitierten Gibbons und Gilbart. In Zürich soll „Riemen quer schreiben" das Gefälligkeitsakzept volkstümlich bezeichnen; vgl. Rechtsfreund XII, 1912, S. 54. — Vgl. auch Trumpler S. 37 u. 105. Meyer I S. 50 ff., 63 u. 151, II. S. 96.

[10] Leitner S. 306.

circulation; to jobb in bills, to draw backwards and forwards), schädigen, falls durchschaut, den Kredit der Beteiligten und reißen sie meist in den gemeinsamen Verfall [1].

An das Strafrecht streift endlich das Trassieren auf fingierte Firmen, um sich ein Diskontierungsobjekt zu verschaffen (sog. Keller- oder Schornstein- oder Aushilfswechsel); sie werden, um nicht am Fälligkeitstage entlarvt zu werden, meist bei tatsächlich existierenden Firmen domiziliert [2].

Statt durch Akzept kann die Kreditgewährung auch dadurch erfolgen, daß der Kreditvermittler seine Unterschrift (gegen Deckung oder aus Gefälligkeit) als Indossant oder Aussteller oder Avalist auf den Wechsel setzt [3].

6. Zu Zahlungszwecken (durch Remittieren). Ohne selbst Geld zu sein und in Zahlung genommen werden zu müssen, übertrifft der Wechsel doch das Geld als Zahlungsmittel durch den bequemen und billigeren Transport, durch die Möglichkeit der Ausstellung à point, durch die Ersetzbarkeit im Verlustfalle (Duplikate, Ausschlußurteil) und durch die Zulässigkeit der Ausstellung seitens einer jeden Privatperson. In der Gegenwart hat der Wechsel im Inlandverkehr durch Papiergeld, Banknoten, Schecks, Postanweisungen und gesteigerten Giroverkehr etwas an Bedeutung verloren, doch ist er immer noch — trotz Schecks und Kabeltransports — das wichtigste internationale Zahlungsmittel.

Derselbe Wechsel kann unbeschränkt viele Male (durch Indossament oder Blankotradition) zur Zahlung verwendet werden; so kamen in England ums Jahr 1820 Wechsel über 10 £ mit 120 Indossamenten vor (Lexis). Je mehr Unterschriften solventer Personen der Wechsel trägt, um so leichter wird er in Zahlung genommen.

7. Zur vorschußweisen Belehnung (Lombardierung) [4].

8. Zur Sicherheit bedingter oder noch nicht fälliger Forderungen.

9. Zur verzinslichen Anlage von Kapital auf kurze Zeit durch den Diskonteur (vgl. oben zu 4).

10. Zum Gegenstand des börsenmäßigen Handels, insbesondere betreffs der Auslandwechsel (Devisen).

Der Preis (Wechselkurs) der Devisen richtet sich nach dem Kurs der ausländischen Münze, nach der durch die Kreditwürdigkeit der Unterschriften bedingten Sicherheit des Wechsels, nach der längeren oder kürzeren Verfallzeit (lange Sichten stehen im Kurs niedriger, als die kurzen), sowie nach Angebot und Nachfrage, die durch die Gestaltung des Handelsverkehrs zwischen den beiden Ländern beeinflußt werden. Der Wechselkurs kann daher den Kurs der Münzen, deren Surrogat der Wechsel ist, übersteigen oder hinter ihm zurückbleiben. Die obere Grenze der Kursschwankungen (der sog. Gold- oder Metallpunkt) liegt da, wo es vorteilhafter wird, statt mit dem Wechsel zu bezahlen, Bargeld zu schicken, wo also trotz aller Kosten für Transport, Spedition, Versicherung und auch ungeachtet der durch den Bartransport verursachten Zinsverluste die Versendung doch noch billiger zu stehen kommt als der Erwerb der Devise. Die börsenmäßige Notierung des Wechselkurses erfolgt an vielen Börsen in manchen Devisen nicht täglich, sondern nur an bestimmten (Wechsel-)Tagen. Sie geschieht gegenwärtig meist durch Angabe, wieviel für eine feste Summe des fremden Geldes im inländischen Gelde zu bezahlen ist („die feste Valuta liegt im Ausland"); sie erfolgt in der Regel für kurz- und lang-

---

[1] Ibsen, Bund der Jugend, Akt 4, Szene 5: „Es ist furchtbar amüsant mit diesen Wechselreitern; sie sind wie Perlen auf einer Schnur; rollt erst einer herunter, so rollen sie alle mit einander." Vgl. auch Kuntze in Endemanns Handb. des HR. IV, 2 S. 113: „Die Toten reiten schnell" und Cosack S. 291: „Der Krug geht so lange zu Wasser, bis er bricht." Vgl. auch Waldemar Müller, Unlauterer Wechselverkehr, 1904.

[2] Adler S. 6. Conrad S. 35. Buchwald S. 125. Meyer S. 50. — Über sog. Bronce-Wechsel vgl. das Votum des russischen Staatsrats v. 27. Mai 1902 bei Klibanski, Die neue russische Wechselordnung, 1903 S. 18.

[3] Verkleidete Bürgschaft; vgl. § 16 a. E.

[4] Rießer S. 169. Leitner S. 361. — Das Wechsellombardgeschäft der Privatnotenbanken hat seit der Bankgesetznovelle von 1899 einen ganz ungewöhnlichen Aufschwung genommen (Breit, Bankgesetz, 1911, S. 278, auch 134; Strauß, Bankgesetz S. 65). — Über sog. Report- u. Lombardpensionen vgl. Suntych, Die Technik der Wechselpensionen, Züricher Diss., 1911, auch in Z. f. hdlswiss. Forschung VI S. 81 ff.

sichtige Papiere getrennt. — Der Ausnutzung gleichzeitiger Kursunterschiede derselben Devisengattungen an verschiedenen Plätzen dient schon seit dem Mittelalter die Wechselarbitrage (cambio arbitrario)[1].

An den Börsen werden Inlandwechsel (sog. Prima Diskonten) nur in sehr großen Appoints (in Berlin muß die Wechselsumme mindestens 5000 Mk. betragen) und nur bei bestimmter Laufzeit (56—90 Tage) gehandelt; die Bezogenen sind erste Firmen; der Diskont ist fast immer niedriger, als die offizielle Banknote (der Reichsbank-Diskont).

Ein und derselbe Wechsel kann mehreren der vorgenannten Zwecke dienen.

C. Es kursieren durchschnittlich etwa ebenso viel Wechsel als Papiergeld oder Bargeld (H. O. Lehmann). Von den 5 Milliarden der französischen Kriegsschuld wurden 4248 Millionen in Wechseln verschiedener Währung gezahlt. Im Jahr 1909 hat die deutsche Reichsbank allein über 5 Million Stück Wechsel im Gesamtbetrage von über 10 Milliarden Mark angekauft bzw. zur Einziehung übernommen[2]. Der gesamte Wechselverkehr Deutschlands, wie er im Laufe je eines Jahres in Umlauf gesetzt wird, betrug 1907 rund 31,5 Milliarden Mark, der durchschnittliche Wechselumlauf rund 6 Milliarden Mark, die Bankakzepte betragen 31 Prozent hiervon. Das Erträgnis der Wechselstempelsteuer belief sich auf über 19 Millionen[3].

Der Durchschnittsbetrag der Wechsel betrug bei der Reichsbank i. J. 1900 1936 Mark, die durchschnittliche Laufzeit 75 Tage; die Warenwechsel sind meist auf 3 oder 6 Monate, die Bankakzepte auf 2 oder 3 Monate gestellt[4]. Überlange Wechsel (die über 3 Monate nach dem Ausstellungstage fällig sind) unterliegen höherem Wechselstempel und werden von der Reichsbank nicht diskontiert.

D. Unter den ungemein zahlreichen Einteilungen der Wechsel nach dem wirtschaftlichen Zweck und Wert[5] sind hervorzuheben:

a) Bankwechsel, d. h. solche, die von den großen Banken ohne Anstände diskontiert werden; es soll ihnen eine geschäftliche Transaktion zugrunde liegen.

b) Kautionswechsel (Deckungs-, Depot- oder Sicherheitswechsel vgl. oben A 1 und B 8); sie sind nicht für den Verkehr bestimmt und bleiben bis zur Erfüllungszeit der Schuld, zu deren Sicherung sie gegeben worden, im Besitz des Gläubigers.

c) Prolongations- oder Renovationswechsel, d. h. Wechsel, deren Verfalltag hinausgeschoben worden ist, oder die an Stelle eines fälligen Wechsels neu ausgestellt sind; die Reichsbank schließt nach Verfügung von 1908 sie vom Diskont fast ganz aus.

d) Legitime Wechsel, auch wohl Kommerzwechsel genannt, umfassen die Warenwechsel (d. h. Wechsel, die der Eintreibung einer auf Grund eines Warenverkaufs entstehenden Forderung dienen, vgl. oben B 4), sowie, obwohl das streitig, die Kreditwechsel der Banken (vgl. oben B 5[6]).

e) Den Gegensatz zu den legitimen Wechseln bilden die Leerwechsel (gewöhnlich, aber unzutreffend Finanzwechsel oder gar Pensionswechsel genannt), d. h. diejenigen, „deren Grundlage keine gegenwärtige oder zukünftige Produktion oder kein ebensolcher Absatz in Industrie, Landwirtschaft oder Handel bildet, und die auch nicht behufs Mobilisierung eines hieraus oder aus einem sonstigen Grunde bereits bestehenden Guthabens gezogen sind." Sie sind vom Reichsbankdiskont ausgeschlossen.

f) Kommanditwechsel, die von einer Firma auf sich selbst vom Orte einer ihrer Niederlassungen auf eine ihrer Niederlassungen an einem andern Ort gezogen werden.

---

[1] Näheres bei R. Ehrenberg im HWB. d. Staatswiss., 2. Aufl., I S. 1039 ff. — Über die Devisen- und Geldarbitrage (Pensionen) vgl. Buchwald S. 253 ff., 261; Leitner S. 296, 478; Rießer S. 169; Suntych S. 81 ff.

[2] Breit S. 127.

[3] Vgl. Rießer S. 229.

[4] Rießer S. 216 N. 2, 224, 226.

[5] Lehmann S. 591. Rießer S. 218 f. Leitner S. 49, 280, 283, 304, 307. Schauwecker S. 9 f. Jubiläumsbericht der Reichsbank S. 78. Über Fakturenwechsel vgl. unten S. 163 n. 1.

[6] Rießer S. 219; vgl. auch S. 170 u. Schauwecker S. 10.

g) Die Reichsbank unterscheidet in ihrer Jahresbilanz: Platzwechsel, d. h. Wechsel, die am Sitz der ankaufenden Bankstelle oder einer ihr untergeordneten Bankstelle zahlbar sind, Versandwechsel (auf andere deutsche Bankplätze) und Wechsel auf außerdeutsche Plätze (Devisen)

h) Bereits indossierte Wechsel werden als „gemachte Wechsel" bezeichnet im Gegensatz zu den sog. „Wechseln von der Hand", d. h. den vom Aussteller dem Remittenten übergebenen (vgl. unter § 21 III b).

Der hohe Nutzen des Wechsels als des wichtigsten Zahlungs-, Ausgleichungs- und Kreditinstruments ist enthusiastisch gefeiert worden. Paciolí meinte, der Wechsel sei dem Handel so nötig wie das Wasser für das Schiff; Stryk hält ihn für ein fünftes, der Welt unentbehrliches Element und für die Geschäfte so nötig wie den Kompaß für die Schiffahrt; der Pandektist Leyser hat ihn mit dem Blut in den Adern des menschlichen Verkehrs, Kuntze mit einem geldbringenden Zauberstab, Kohler mit der Elektrizität verglichen und ihm nachgerühmt, daß er im Schuldrecht den Raum überwinde und auch die Zeit gleichsam aus den Angeln hebe [1].

Anderseits hat der Wechsel auch herben Tadel erfahren, und einzelne (Stöpel und Kuhlenbeck [2]) haben allen Ernstes die Aufhebung des Wechselrechts gefordert. In der Tat läßt sich der Wechsel zu unerlaubten, besonders zu wucherischen Geschäften verwenden; er verschleiert bedenkliche Verträge; er begünstigt den Gläubiger, schneidet dem Schuldner (im Wechselprozeß) unter Umständen auch begründete Einwendungen ab und verhilft hierdurch dem formellen Rechte, wenigstens einstweilen, zum Siege über das materielle; auf die Wechselreiterei ist schon oben hingewiesen worden; endlich können der schleunige Prozeß und die sofortige Vollstreckung des Urteils zum wirtschaftlichen Ruin von Wechselschuldnern führen, die bei längeren Fristen nicht zahlungsunfähig gewesen wären. Diese möglichen Nachteile warnen aber nur vor dem unrichtigen Gebrauch des Wechsels und finden auch teilweise die strafrechtliche Ahndung; keinesfalls vermögen die Gefahren die großen Vorteile des richtig verwendeten Instituts aufzuwiegen.

§ 6. Wechselfähigkeit und Stellvertretung.

I. Die objektive Wechselfähigkeit ist die Fähigkeit, Gegenstand einer Wechselverpflichtung zu sein. Sie kommt fast überall nur dem Gelde zu; immerhin sind in Italien, Rumänien, San Marino und Peru auch ordine in derrate (Warenwechsel auf Bodenprodukte [3]) und in Mexiko und Nicaragua eigene Effektenwechsel zugelassen.

II. Die subjektive Wechselfähigkeit im weiteren Sinne ist die Fähigkeit, berechtigtes oder verpflichtetes Subjekt einer wechselmäßigen Obligation zu werden. Es ist zu unterscheiden:

a) Die aktive Wechselrechtsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, Subjekt von Wechselrechten (Wechselgläubiger) zu werden; sie steht jeder rechtsfähigen Person zu; in Österreich fehlt sie jedoch u. a. den Ordensgeistlichen und Deserteuren [4], in England u. a. bei Kriegszeiten den kings enemies [5]; diese können weder selbst noch durch Vertreter Wechselforderungen erwerben.

b) Die aktive Wechselgeschäftsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, durch eigene Erklärung Wechselgläubiger zu werden; sie fehlt den Kindern und Geisteskranken (§ 104 BGB.); diese können nur durch ihre gesetzlichen Vertreter Wechselforderungen erwerben.

c) Die passive Wechselrechtsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, Wechselschuldner zu werden; sie steht jetzt (vgl. oben S. 145) jeder physischen oder juristischen Person, auch den Handelsgesellschaften zu, fehlt aber außerhalb Deutschlands einzelnen Personenklassen, so den Militärpersonen in Österreich (aber nicht in Ungarn) und zum Teil

[1] Kohler, Einleitung in die Rechtswissenschaft, 1902, § 41 S. 85 u. 87.
[2] Vgl. Kuhlenbeck, Der Check, 1890, S. 157, der Stöpel, Die freie Gesellschaft, und eine anonyme Schrift v. J. 1900 zitiert.
[3] In Rumänien über Produkte und auch andere Waren. Trumpler S. 40.
[4] v. Canstein, Lehrb. S. 106.
[5] Meyer I S. 32.

in Serbien, den Geistlichen in Rußland, den Bauern in Serbien und zum Teil auch in Rußland, den Nichtkaufleuten in Bosnien und Bolivia. Angehörige dieser Klassen können weder selbst noch durch Erklärung ihrer Vertreter Wechselschuldner werden. Nur disziplinaren Charakter tragen die in manchen Staaten, insbesondere in Frankreich, bestehenden Verbote der Wechselzeichnung für gewisse Beamte.

d) Die passive Wechselgeschäftsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, durch eigene Erklärung Wechselschuldner zu werden. Sie gilt als Wechselfähigkeit im technischen Sinne. Sie kommt jeder Person zu, welche sich durch Verträge verpflichten kann (DWO. Art. 1).

1. Kinder und Geisteskranke sowie die über sieben Jahre alten Minderjährigen und alle Entmündigten besitzen (nach BGB. §§ 104, 106, 114 und 1906) nur eine unselbständige (unvollkommene oder beschränkte) Wechselfähigkeit. Die beiden ersten Klassen können nur dadurch Wechselschuldner werden, daß in ihrem Namen ihre gesetzlichen Vertreter (mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung) die wechselmäßig verpflichtende Unterschrift abgeben. (§§ 1822, Z. 9, 1825 und 1643 BGB.). Die beiden letzten Klassen können nicht nur wie jene, sondern auch durch eigene Erklärung, aber immerhin nur mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter (unter vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung) Wechselschuldner werden. (§§ 107, 112, 114, 1643, 1825.) Die Zustimmung braucht — was freilich streitig — nicht auf dem Wechselbriefe selbst zu stehen; sie kann auch durch konkludente Tatsachen erfolgen.

2. Ehefrauen sind in Deutschland und vielen Ländern wechselgeschäftsfähig; nur für die Vollstreckung in das eingebrachte Vermögen resp. das Gesamtgut bestehen Beschränkungen, „die mit der Wechselfähigkeit nichts zu tun haben", übrigens fortfallen, wenn die Frau mit Genehmigung ihres Mannes selbständig ein Geschäft betreibt (BGB. §§ 1399, 1412, 1460, 1523, 1525, 1549 ff.). Nach französischem (C. d. c. 113) und russischem Recht können sich dagegen Ehefrauen, sofern sie nicht Handelsfrauen sind, ohne Zustimmung des Mannes resp. Gerichts überhaupt nicht wechselrechtlich verpflichten [1]. Die englische Ehefrau ist ohne Konsens des Mannes als Handelsfrau völlig wechselfähig, sonst nur bezüglich ihres Sonderguts (für welches die Präsumtion streitet [2]).

3. Unverheiratete volljährige Frauen sind fast überall wechselfähig. Ausnahmen bestehen für sie, sofern sie nicht Handel treiben, in Frankreich, wo sie (was freilich bestritten ist) ganz wechselunfähig sind; in Rußland bedürfen sie, falls unabgeschichtet, der elterlichen Zustimmung.

4. Gemeinschuldner, Analphabeten (vgl. auch unten § 7 Z. 5), Blinde und Taubstumme sind in Deutschland wechselfähig. Juristische Personen sind zwar nicht selbständig wechselfähig, können aber durch ihre Vertreter wechselrechtlich verpflichtet werden; nach englischem Recht (s. 22) sind die Korporationen (mit gewissen Ausnahmen) nicht passiv wechselfähig.

III. Die allgemeine passive Wechselrechtsfähigkeit kann zum Nachteil Unerfahrener dem Wucher und Betrug dienen; sie ist auch in Deutschland (1859 im preußischen Herrenhause, 1879 im Reichstage) lebhaft, doch erfolglos angegriffen worden (Verhandlungen des 15. D. Juristentages 1880). Die Beschränkung auf Kaufleute oder nach Prüfung registrierte Personen gefährdet die Umlaufsfähigkeit des Wechsels.

In der Schweiz besteht allgemeine Wechselfähigkeit, jedoch sind Wechselprozeß, Wechselexekution (und Konkurs) auf die im Handelsregister, das jedem Vertragsfähigen zum Eintrag offensteht, Eingetragenen beschränkt.

In der passiven Wechselfähigkeit lag zumeist auch die Wechselarrestfähigkeit; die bezüglich einzelner Klassen normierten Ausnahmen sind mit der Beseitigung der Schuldhaft antiquiert. — Den möglichen Mißbrauch der allgemeinen Wechselfähigkeit müssen Belehrung und Strafjustiz bekämpfen. Korrelat der allgemeinen Wechselfähigkeit ist das formelle Erfordernis der Wechselklausel (vgl. unten § 7 A. 1).

[1] Die Frage ist jedoch für Frankreich streitig. Trumpler S. 34.
[2] Vgl. Späing S. 12 N. 17. Meyer I S. 38 ff. Trumpler S. 35.

IV. Die Wechselerklärung eines Unfähigen ist (selbst bei Anfechtungsverzicht) absolut nichtig, läßt dagegen die Gültigkeit der auf demselben Wechselbriefe eingegangenen Verbindlichkeit der Wechselfähigen (in allen drei Wechselrechtsgruppen) unberührt[1] (Prinzip der Selbständigkeit der Wechselakte).

V. Die Wechselfähigkeit des Ausländers bestimmt sich nach dem Recht seiner Staatsangehörigkeit, in England jedoch nach dem des Domizils[2]; immerhin sind die vom Ausländer im Inland eingegangenen Verbindlichkeiten in Deutschland und England wirksam, sofern er nur nach inländischem Recht wechselfähig ist (Art. 84); in Frankreich ist diese Ausnahme umstritten. Für den Schweizer im Auslande hatte das Obligationenrecht die ausnahmslose Geltung des Heimatsrechts verordnet; doch ist dies nunmehr wohl auf die Fälle beschränkt, daß das ausländische Recht ihn sich nicht unterordnet[3].

VI. Die Stellvertretung bei Übernahme einer Wechselverpflichtung ist statthaft, auch durch eine nur beschränkt wechselfähige Person. Wer ohne zureichende Vertretungsmacht als Vertreter im fremden Namen zeichnet[4], haftet (unter Voraussetzung seiner eigenen passiven Wechselfähigkeit) wechselmäßig auf Erfüllung und zwar, soweit der vermeintliche Machtgeber gehaftet haben würde (Art. 95), in Frankreich und England dagegen auf Schadensersatz.

§ 7. Wechselform.

Das streng formale Wechselversprechen setzt eine schriftliche Urkunde voraus; es gibt keinen mündlichen Wechsel mehr[5]. Format und Material sind irrelevant; nur[6] Rußland und Japan verlangen Stempel- resp. farbiges Papier; dagegen muß der Wechselbrief eine Anzahl unerläßlicher Erfordernisse enthalten. Bezüglich der Zahl und Art dieser Erfordernisse gehen die Gesetzgebungen leider noch immer auseinander; die wenigsten verlangt das englische Recht.

A. Die wesentlichen Bestandteile[7]:

In fast allen Ländern der deutschen Wechselrechtsgruppe muß die Tratte (außer dem Zahlungsauftrag) acht, der Eigenwechsel (außer dem Zahlungsversprechen) sechs Bestandteile enthalten; fehlt auch nur einer derselben, oder ist er nicht formgerecht, so ist die Urkunde kein Wechsel, und es entsteht aus den auf eine solche Schrift gesetzten Erklärungen (Akzept, Giro, Aval) keine wechselrechtliche Verbindlichkeit (Art. 4 und 7). Diese Bestandteile der Tratte sind:

1. Die Selbstbezeichnung als Wechsel (oder bei fremdsprachigen Wechseln das entsprechende Wort der fremden Sprache)[8] und zwar im Wechselkontext[9] (sog. Wechselklausel).

---

[1] DWO. Art. 3. Meyer S. 45 ff. Trumpler S. 36.

[2] Für die lex domicilii vgl. u. a. Späing S. 253 u. die dort Zitierten, sowie Trumpler S. 154 u. Wieland in Z. f. HR. 68 S. 359; dagegen ist Meili II S. 325 für das Recht des Begebungsorts.

[3] Meili S. 324 f.

[4] In Österreich muß nach der Jasinskischen Novelle (vgl. oben § 3 N. 6) der Bevollmächtigte „seine eigene Unterschrift mit einem auf Bevollmächtigung hinweisenden Zusatze beifügen"; auch muß im Wechselverfahren die Vollmacht beigebracht werden. Vgl. Adler S. 42, Trumpler S. 170, auch 44 ff. und besonders Rintelen in Z. f. HR. 69 S. 113 ff. — In Deutschland genügt schon die Unterschrift mit dem Namen des Machtgebers (Plenarentsch. d. RGer. v. 27. Juni 1910 (74, 69); mündliche Vollmacht reicht aus. — Vgl. über Wechselzeichnung durch Bevollmächtigte und Wechselfälschung auch Wieland in Z. f. Schweiz. R. 46 S. 248.

[5] Anders noch im 17. Jahrhundert; so Scaccia § 6 gl. 1 Nr. 76: „nec litterae neque scriptura sunt de essentia cambii" und Raph. de Turri, disp. 1 qu. 11 Nr. 14: „litterae cambii non sunt de substantia contractus cambii" (bei Molengraaff, Leidraad, 1899, S. 140).

[6] Zwar fordern auch Rumänien und San Marino als Regel Stempelpapier; sie lassen jedoch Ausnahmen bei dringender Not zu (Meyer S. 145. Trumpler S. 186). Über Griechenland vgl. Meyer S. 146.

[7] Fall, Die Erfordernisse des Wechsels in allen Kulturstaaten. 1909. Über die Form des Akzepts, Giros und Avals vgl. unten §§ 9, 10 u. 16.

[8] In Rumänien „polita" (Tratte), in Peru „letra comercial"; für den Eigenwechsel ist in Italien auch „pagherò cambiario" oder „vaglia cambiario", in Peru „vale" oder „pagaré", in Portugal „livrança", in Brasilien „nota promissoria" zugelassen; vgl. Trumpler S. 39 u. 174 ff.; über die Bezeichnung der Produktenwechsel in Italien, Rumänien und Peru vgl. ebendas. S. 39.

[9] Anders Italien, Japan, Finnland. Trumpler a. a. O.

Sie ist das den Wechsel von verwandten Papieren (Anweisung, Scheck, Zahlungsmandat) abgrenzende Unterscheidungsmerkmal („Prägezeichen"), zugleich als Warnung („Alarmsignal") für den unerfahrenen Unterzeichner dem Papier „an die Stirn geschrieben", daher als Korrelat der allgemeinen Wechselfähigkeit unerläßlich. Bis auf Portugal und San Salvador fordern sämtliche Länder der deutschen Gruppe diese Klausel; die Schweiz zwar prinzipiell auch, jedoch stellt sie Orderpapiere, denen nur diese Klausel zum Wechsel fehlt, den Wechseln bis auf einzelne Wirkungen (Akzeptabilität und prozessuale Wechselstrenge) gleich. Die französische und englische Gruppe, sowie Belgien und Serbien sehen von diesem Erfordernis gänzlich ab. Die Entwürfe des Weltwechselrechts fordern die Wechselklausel; immerhin gestattet das Haager Abkommen den Vertragsstaaten, sie durch die Orderklausel zu ersetzen [1].

2. Die Angabe der zu zahlenden Wechselsumme nebst der Münzart; in der Schweiz, Rußland, Japan, Serbien, Mexiko, Ekuador und Venezuela (bedingt auch in Rumänien) in Buchstaben, sonst in Buchstaben oder Ziffern. Der Zusatz „oder Wert" ist statthaft. Eine Minimalsumme ist nur in Japan für den Inhaberwechsel erfordert (vgl. unten Z. 3). — Ein Zins versprechen macht in Österreich und Bosnien den Wechsel ungültig, während es in Deutschland (Novelle 7) und den übrigen Ländern der deutschen Gruppe für nicht geschrieben gilt, in England, den Vereinigten Staaten, Costa Rica, nach der französischen Praxis und in Belgien aber Kraft besitzt. Wie das Zinsversprechen, ist das Versprechen einer Konventionalstrafe zu behandeln. Differieren die Summenangaben, so entscheidet in Italien, Rumänien, Peru und Skandinavien stets die geringere Summe, wogegen in Deutschland (Art. 5), England, den Vereinigten Staaten und wohl auch nach der französischen Praxis die Buchstaben vor den Zahlen den Vorzug haben; nur wenn die Summe mehrmals mit Buchstaben oder Ziffern geschrieben ist, entscheidet nach deutschem Recht die geringere Summe.

3. Der Name oder die Firma der Person, an welche gezahlt werden soll (des Wechselnehmers oder Remittenten).

Als Remittent kann sich der Aussteller der Tratte auch selbst bezeichnen (sog. Wechsel an eigene Order, Art. 6), in Rußland jedoch nur bei distantia loci [2]. — Das französische Recht (Art. 110) und fast alle Rechte der französischen Gruppe, sowie Rumänien, Serbien und Belgien verlangen die Beifügung der Worte „an Order" oder eines gleichbedeutenden Ausdrucks (sog. Orderklausel), die englische und deutsche Gruppe dagegen nicht; die Orderklausel wird in diesen letzteren Ländern subintelligiert, — der Wechsel ist präsumtives Orderpapier. In Portugal und San Salvador kann die Orderklausel durch die Wechselklausel ersetzt werden [3].

Wechsel auf den Inhaber sind zwar nach englisch-amerikanischem und japanischem Recht (mit Ausschluß der Wechsel unter 30 Yen, gleich 63 Mark) statthaft, dagegen weder in der deutschen und französischen Gruppe (von Brasilien, Ägypten und Costa Rica abgesehen) zugelassen. Diese Ausschließung befremdet neben der Zulassung des Inhaberschecks und des Blankogiros des Wechsels an eigene Order; sie widerspricht auch dem älteren Wechselrecht und mehreren Weltwechselrechtsentwürfen [4].

4. Die Verfallzeit. Sie muß eine einheitliche sein und kann nach deutschem Recht nur in einer der fünf gesetzlich zugelassenen Angaben bestehen; sie muß nämlich festgesetzt sein

a) auf einen bestimmten Tag, Präzise oder Tagwechsel,

b) auf Sicht (reiner Sichtwechsel),

c) auf eine bestimmte Zeit nach Sicht (Nachsicht-, Zeitsicht- oder befristeter Sichtwechsel),

d) auf eine bestimmte Zeit nach der Ausstellung (Datowechsel),

e) auf eine Messe oder einen Markt.

[1] Vgl. Meyer II S. 84 ff. Wieland in Z. f. HR. 68 S. 360, auch unten bei N. 3.
[2] Trumpler S. 48.
[3] Ebendas. S. 56. In Frankreich, Portugal u. einigen anderen Ländern wird der Wechsel an eigene Order erst mit dem Indossament perfekt. Vgl. a. a. O. S. 49.
[4] Vgl. Cohn, Einheitl. WR. S. 89 ff. u. ZVergl.R. IV S. 23. Meyer II S. 70 ff. Der Haager Entwurf läßt Inhaberwechsel zu, jedoch darf jeder Vereinsstaat sie in seinem Gebiet für unwirksam betrachten. Vgl. Wieland S. 374 u. 376.

Ungültig sind Ratenwechsel (anders in England, den Vereinigten Staaten, Costa Rica und wohl auch nach der französischen Praxis) und Usowechsel (anders in den meisten Ländern des französischen Rechts, Serbien, Belgien und in England, wo jede bestimmbare künftige gewisse Zeit genügt).

Wechsel ohne Angabe der Verfallzeit gelten zwar in Belgien, England, den Vereinigten Staaten, Japan, Bulgarien, Rumänien, Skandinavien, Portugal und 8 zentral- resp. südamerikanischen Ländern, aber weder nach deutschem Recht noch in den übrigen Gebieten als Sichtwechsel.

5. Unterschrift des Ausstellers (Trassant, Wechselgeber), welche durch gerichtlich oder notariell beglaubigte Handzeichen zumeist (aber nicht nach Schweizer Recht) ersetzt wird; Japan verlangt sogar Siegelung. In Frankreich und Argentinien wird beim Wechsel an eigene Ordre die fehlende Ausstellerunterschrift durch die Unterzeichnung des ersten Trassanten meist ersetzt.

6. Ort und Zeit der Ausstellung; Richtigkeit dieser Angabe ist nicht wesentlich; mehrfache Datierung ist nichtig. In England, den Vereinigten Staaten, Portugal und San Salvador gilt dies ganze Erfordernis, in Frankreich und Belgien wenigstens die Ortsangabe nicht für wesentlich.

7. Name oder Firma des oder der Bezogenen (Trassat). Der Aussteller kann (bei distantia loci, vgl. unten Z. 8) sich selbst als Bezogenen bezeichnen (trassiert-eigener Wechsel) [Art. 6]; anders in Frankreich und Belgien[1]. Der trassiert-eigene Wechsel kann auch an eigene Order lauten, so daß Trassant, Trassat und Remittent in diesem Falle die nämlichen Personen sind.

8. Der Zahlungsort. Er kann jetzt in allen Ländern der deutschen und englischen Wechselrechtsgruppe, sowie in Frankreich selbst (seit 1894, nicht aber in den meisten Ländern der französischen Gruppe) mit dem Ausstellungsorte zusammenfallen; eine einzige Ausnahme besteht nach Art. 6 der deutschen WO. (aber nicht in Italien, Japan, Skandinavien und Brasilien) für den trassiert-eigenen Wechsel, der nur als Distanzwechsel gültig, als Platzwechsel aber — was freilich nicht unbestritten — nichtig, also auch nicht als Eigenwechsel anzusehen ist. Das englisch-amerikanische und spanische Recht fordern überhaupt keine Angabe des Zahlungsorts.

Als Zahlungsort und Wohnort des Bezogenen gilt mangels besonderer Angabe der bei dem Namen des Bezogenen angegebene Ort (Adreßort); ist ein vom Adreßort verschiedener Zahlungsort im Wechsel besonders angegeben, so ist der Wechsel ein echter Domizilwechsel (Art. 24). Die Domizilierung muß vom Aussteller ausgehen oder mit seiner Erlaubnis erfolgen[2]. Sie bezweckt meist, die Wechselzahlung nach Bankplätzen zu verlegen und die Wechsel damit leichter diskontierbar (in Deutschland „reichsbankfähig") zu machen; im Berliner Börsenverkehr sind jedoch Domizilwechsel nicht lieferbar[3].

Der Domizilwechsel ist ein bestimmt domizilierter oder vollkommener, wenn ein anderer Zahler (Domiziliat) neben dem Trassaten im Wechsel benannt ist (Domiziliatenwechsel); fehlt die Angabe des Domiziliaten, so wird angenommen, daß am Zahlungsorte der Bezogene (resp. beim Eigenwechsel der Aussteller) der Zahler sein soll (A. 24 u. 99). — Gibt der Wechsel eine von der Wohnung des Bezogenen verschiedene Zahlstelle (Lokal, Kasse) im Adreßorte an, so liegt der Fall des uneigentlichen (unechten) Domizilwechsels oder Zahlstellenwechsels vor. Auch auf echten Domizilwechseln kann eine Zahlstelle vorkommen; doch ist auf ihnen eine beigefügte Firma oder Kasse im Zweifel nicht als Zahlstelle (Örtlichkeit), sondern als Domiziliat (Rechtssubjekt) anzusehen[4]. Durch die Protest-

[1] Trumpler S. 49.

[2] Über nachträgliche Domizilierung vgl. Staub-Stranz Art. 24 Anm. 3. — Für das Recht des Inhabers zur nachträglichen Domizilierung hat sich der Ungarische Juristentag 1911 und soeben die königliche Kurie ausgesprochen; vgl. Ujlaki im Pester Lloyd v. 26. Juli 1912.

[3] § 44 Bedingungen f. d. Geschichte an der Berliner Fondsbörse vom März 1905. Z. f. HR. 56 S. 541. Buchwald S. 133. Vgl. auch oben § 5 Z. 5 (Kellerwechsel sind meist domiziliert).

[4] Vgl. v. Canstein, Wechselrecht, 2. Aufl., S. 90 N. 30, aber auch Staub-Stranz Art. 24 Anm. 8 u. 9.

Novelle von 1908 hat der Unterschied zwischen Domizil- und Zahlstellenwechsel (für Deutschland) seine Bedeutung im wesentlichen, jedoch immerhin nicht ganz verloren [1].

9. Zu diesen acht Bestandteilen der Tratte tritt noch die in Rußland, Italien, Japan und einigen anderen Ländern sogar ausdrücklich geforderte, meist aber als selbstverständlich vorausgesetzte Aufforderung, die Wechselzahlung zu leisten: „Zahlen Sie" (Zahlungsklausel). — Entrichtung der Wechselstempelsumme ist in Deutschland (RG. vom 15. Juli 1909) nur bei Strafe, in England und Rußland [2] auch bei Nichtigkeit, in Frankreich auch bei teilweisem Regreßverlust erfordert [3].

Von den Essentialien der Tratte entfallen beim Eigenwechsel nur die Angabe des Bezogenen und die Angabe des Zahlungsortes; als Zahlungsort und zugleich als Wohnort des Ausstellers gilt der Ausstellungsort, sofern nicht ein von ihm verschiedener Ort im Wechsel genannt ist (domizilierter Eigenwechsel). Die Zahlungsklausel erscheint nicht als Auftrag, sondern als Zahlungsversprechen („zahle ich"); Rußland und Japan fordern sie auch beim Eigenwechsel ausdrücklich. Eigene Wechsel an eigene Order sind unstatthaft. Distantia loci ist nirgends erfordert.

B. Fakultative Bestandteile.

1. Das französische Recht (C. d. c. 110) und Serbien fordern zur Gültigkeit des Wechsels (an fremde Order) statt der Wechselklausel und neben der Orderklausel noch die Valutaklausel, d. h. eine spezifizierte Angabe, ob der Aussteller den Gegenwert (valeur fournie) für die Ausstellung des Wechsels vom Remittenten oder einer anderen Person [4] (in Geld, Waren, durch Verrechnung oder auf irgendeine andere Weise) erhalten hat. Von den Tochterrechten Frankreichs haben Argentinien und Uruguay dies Erfordernis fallen lassen; auch die ganze deutsche Gruppe, England (s. 4), Japan und Belgien verlangen diese Angabe nicht, ebensowenig die Entwürfe des Weltwechselrechts.

Diese historisch hochbedeutsame Klausel, die ursprünglich allein die Haftbarkeit des trassierenden campsor begründete, ist mit der veränderten Verwendung der Tratte und mit der modernen Auffassung derselben wechselrechtlich bedeutungslos geworden; sie provoziert oft genug die Lüge (Einert) und ist vielfach zur „vaine formule" (Lyon-Caen et Renault), zur Dekoration (Dernburg) herabgesunken; selbst in den Ländern der französischen Gruppe begegnet man einer mißbräuchlichen, unklaren, ja sinnlosen Anwendung der Klausel" [5]. Gleichwohl ist auch in Deutschland die überflüssige Valutaklausel bei Tratte und Eigenwechsel noch allgemein gebräuchlich; beim Wechsel an eigene Order erscheint sie in der perplexen Form: „Wert in mir selbst"; ihr prozessualer Vorteil (als Beweismittel der Zahlung) ist problematisch.

2. Die Deckungs- oder Revalierungsklausel gibt an, von wem der Bezogene für die bevorstehende Zahlung des Wechsels einen bestimmten Wert (die Deckung, provision) erhalten, oder von wem er für den gemachten Aufwand den Ersatz (die Schadloshaltung, Revalierung) zu erhalten hat. In der Regel erfolgt die Deckung durch den Aussteller selbst; dann lautet die Klausel: „und stellen es auf meine Rechnung"; in den Fällen der Tratte für fremde Rechnung (sog. Kommissionstratte) erfolgt die Deckung durch den Dritten, für dessen Rechnung die Tratte gezogen ist (des donneur de l'ordre, ordonnateur, Kommittent); sein Name wird oft nur mit den Initialen angedeutet; die Klausel lautet dann „und stellen es auf Rechnung des Herrn N. N.". Sehr häufig, doch keineswegs stets besteht die Deckung darin, daß der Bezogene dem Aussteller oder donneur de l'ordre bei Fälligkeit des Wechsels eine dem Wechselbetrag mindestens gleiche Summe schuldet (C. d. c. 116). Die Klausel wird dem Wechsel

[1] Rehbein-Mansfeld N. 13 zu A. 24 Abs. 2 S. 60.

[2] Näheres bei Trumpler S. 180 ff., Krawany, Wechsel, Schecks u. Anweisung, 6. Aufl. 1911.

[3] Lyon-Caen IV Nr. 611. Vgl. v. Heckel im Handwörterb. d. Staatswissensch. VII, S. 709 ff. (2. Aufl.)

[4] Wechsel mit fremdem Valutageber, sog. Rimesse für fremde Rechnung; Wächter S. 106.

[5] So Hecke in LeipzZ. V Sp. 731 ff.; dort auch frappante Beispiele irrtümlicher Anwendung der Valutaklausel auf das Deckungsverhältnis (z. B. Wert in Waren bei einem Wechsel, dessen Remittent der den Wechsel diskontierende Bankier war), selbst bei erstklassigem Handelspapier.

zuweilen „gedankenlos beigefügt, auch wenn zwischen dem Aussteller und Bezogenen kein Rechnungsverhältnis besteht“[1]. Sie kann, da sie sich auf das Verhältnis zum Bezogenen bezieht, beim Eigenwechsel nicht vorkommen.

3. Die Avisklausel gibt an, ob der Bezogene vor dem Akzept oder der Zahlung noch eine nähere Mitteilung (den sog. Avisbrief) abwarten solle („laut Bericht“) oder nicht („ohne Bericht“). Sie ist nur bei der Tratte möglich und übrigens im heutigen Verkehr „zur inhaltlosen Form erstarrt“ (Bernstein, Staub)[2].

4. Die Orderklausel (vgl. oben A Z. 3).

Für statthaft sind ferner ausdrücklich erklärt der Domizilvermerk (vgl. oben A Z. 8) und die später zu berührende Rekta-, Effektiv-, Protesterlaß-, Sola- und Duplikatsklausel, das modifizierte Akzept, das Indossament ohne Obligo, die Notadresse, der Präsentationsbefehl, der Arretierungs- und der Depositionsvermerk.

Andere Zusätze sind, obschon dies bestritten, zulässig, immerhin nur so weit, als sie nicht etwa gegen das Wesen des Wechsels, insbesondere seine abstrakte Natur, verstoßen. Einzelne derselben gelten als nicht geschrieben, z. B. das Versprechen von Zins und Konventionalstrafe (vgl. oben A Z. 2), wohl auch der Ausschluß der Verjährung; andere vernichten die Wechselerklärung, so die Ausbedingung einer Gegenleistung, so die Angabe eines bestimmten Verpflichtungsgrundes[3], die Beifügung einer wahren Bedingung und — was freilich sehr streitig[4] — der Ausschluß der Verpflichtung des Ausstellers (sog. Angstklausel); in England, Costa Rica und San Marino fällt dadurch nur die Haftung des Ausstellers fort; auch in Frankreich und den Vereinigten Staaten ist diese Klausel gültig; Brasilien erklärt ausdrücklich dagegen, daß sie den ganzen Wechsel ungültig macht;[5] der Haager Entwurf Art. 10 erklärt sie für nicht geschrieben.

C. Korrekturen, Streichungen und Rasuren entziehen dem Wechsel die für Geltendmachung im Wechselprozeß erforderliche Unverdächtigkeit. Sie nötigen den Inhaber, zu beweisen, daß die Änderung mit der Zustimmung oder schon vor der Unterschrift des verklagten Wechselzeichners vorgenommen worden ist; nach Schweizer ObligR. 802 streitet jedoch die Vermutung dafür, daß die Zeichnung schon vor der Veränderung stattgefunden habe. Die früheren Wechselzeichner haften bei ungerechtfertigten Veränderungen in unwesentlichen Teilen nur nach Maßgabe des ursprünglichen Wechselinhalts, bei solchen Änderungen in wesentlichen Teilen aber gar nicht, da die durch Verfälschung hineingebrachten Essentialien als gar nicht vorhanden zu betrachten sind; das ist freilich (besonders bez. der Änderungen in der Wechselsumme) streitig. Die späteren Zeichner haften dagegen dritten gutgläubigen Erwerbern nach Maßgabe des veränderten Wechselinhalts; ihnen gegenüber wird die Gültigkeit des eigentlich nichtigen Wechsels fingiert[6].

Zerrissene (nicht bloß auseinandergefallene) Wechsel sind nichtig.

Aus falschen Unterschriften haftet weder der, dessen Name mißbraucht ist, noch der Fälscher wechselrechtlich; letzterer jedoch zivilrechtlich (ex delicto). Falsche oder gefälschte Unterschriften auf einem Wechsel schädigen die Wechselkraft der darauf befindlichen echten Unterschriften nicht; es gilt wie bezüglich der Wechselfähigkeit das Prinzip der Selbständigkeit der einzelnen Wechselakte (Art. 3, 75 u. 76)[7].

Unwahre Angaben in den Essentialien nehmen dem Wechsel die Wechselkraft nicht[8].

[1] Bernstein, Vorlesungen S. 46; vgl. auch Hecke a. a. O.

[2] Über Rußland u. Mexiko vgl. Trumpler S. 53, auch Meyer I S. 133. Vgl. übrigens oben § 1 n. 1.

[3] Über die Zulässigkeit in Bulgarien, Italien, Rumänien, Peru und über das engl.-amerik. Recht vgl. Trumpler S. 53 u. 16 ff., auch oben § 1 N. 2.

[4] Vgl. Cohn-Georgi N. 5 zu Art. 8.

[5] Trumpler S. 79, 54 u. 65.

[6] Grünhut I S. 440; vgl. Lehmann S. 631 N. 7 und die dort Zitierten; bez. der ausländischen Gesetze vgl. Adler S. 123 N. 1 u. 125 N. 1, Meyer S. 64 ff. u. Trumpler S. 144 ff.

[7] Im Ausland gelten im allgemeinen die gleichen Grundsätze. Vgl. Meyer S. 44 u. 50 ff. u. Trumpler S. 142 ff. u. auch S. 36 u. oben § 6 IV.

[8] Anders in der franz. Rechtsgruppe: „bei supposition soit de nom, soit de qualité“ (resp. de lieu) hat die Urkunde nur die Wirkung eines einfachen Zahlungsversprechens, jedoch mit Schutz gutgläubiger Erwerber. Näheres bei Trumpler S. 144 u. Meyer S. 53 ff.

D. Nur zur Zeit der Geltendmachung muß der Wechsel alle Essentialien enthalten; in welcher Reihenfolge sie aufgesetzt werden, ist unerheblich; auch Akzept (Blankoakzept) und Indossamente können auf einen unausgefüllten Wechsel ohne Ausstellerunterschrift gesetzt werden.

Eine wechselmäßig unterschriebene Urkunde, welche die Essentialien eines Wechsels nicht oder nicht vollständig enthält, ist ein unfertiger oder Blankowechsel (Wechselblankett). Er hat sich gewohnheitsrechtlich entwickelt, kommt hauptsächlich als Blankoakzept vor (unten § 10) und ist in Theorie und Praxis (in Österreich durch MinistV. v. 6. Okt. 1853, in Ungarn, Bosnien, England und den Vereinigten Staaten gesetzlich) anerkannt [1].

In der Übergabe des Blanketts liegt das selbständige, unwiderrufliche, vererbliche und übertragbare Recht zur Ausfüllung in verkehrsüblicher Weise ohne beschwerende Zusätze; vertragswidrige Ausfüllung gibt dem Unterzeichner (gegen den Nehmer des Blanketts und den um die Vertragswidrigkeit wissenden Dritten) die exceptio doli; dem redlichen Erwerber des ausgefüllten Blanketts gegenüber haftet der Blankozeichner aber wechselmäßig nach Maßgabe des ausgefüllten Wechsels, auch wenn die Ausfüllung der Vereinbarung widerspricht, und zwar mit Rückbeziehung auf den Moment der Begebung resp. Indossierung. Das Ausfüllungsrecht erlischt mit der einmaligen Ausfüllung.

E. Die Auslegung des zur Zirkulation bestimmten Wechsels darf nur aus sich selbst und aus allgemeinen Verkehrsanschauungen erfolgen, nicht nach partikulärem Sprachgebrauch oder nach dem aus Nebenumständen der Ausstellung oder Begebung festgestellten Willen der Parteien [2].

F. Die Form aller Wechselerklärungen und damit die Gültigkeit der Wechselverbindlichkeit richtet sich allgemein [3] nach dem Recht des Ortes, an welchem die Erklärung — der Angabe im Wechsel zufolge — erfolgt ist (locus regit actum). Es bestehen jedoch zwei Ausnahmen, in denen das der Gültigkeit der Erklärung günstigere (inländische) Recht maßgebend ist:

1. wenn zu dem ungültigen Grundwechsel gültige akzessorische Wechselerklärungen im Inland hinzutreten (A 85 Abs. 2);

2. wenn der Inländer sich gegenüber dem Inländer im Auslande verpflichtet (a. a. O. Abs. 3).

§ 8. Die Verpflichtung des Ausstellers.

I. Die Tratte enthält ihrem Wortlaut nach nur einen Zahlungsauftrag des Ausstellers an den Bezogenen; kraft Gesetzes liegt aber in ihr das Versprechen, für den Erfolg des Auftrags einzustehen (Garantie, Regreßhaftung). Daher haftet der Aussteller (auch bei der Kommissionstratte, § 7 B 2) wechselmäßig dem Remittenten und jedem späteren redlichen Wechselerwerber gegenüber unter der Voraussetzung gehöriger Präsentation und Protestation, und zwar haftet er:

1. für Zahlung, m. a. W. für das Interesse des Inhabers an der rechtzeitigen Zahlung. Dies Interesse wird im Einzelfall nicht speziell ermittelt, sondern ist ein- für allemal (in der Regreßsumme) gesetzlich fixiert;

2. schon vor der Zahlung für die Annahme des Zahlungsauftrags durch den Bezogenen; eventuell ist er in den meisten [4] Ländern der deutschen Gruppe nur zur Sicherstellung, in England und den Vereinigten Staaten zur sofortigen Einlösung, in Frankreich zur Sicherstellung oder Einlösung verpflichtet;

Das englische System verdient den Vorzug [5].

[1] Vgl. Adler S. 28 (über Österreich), Meyer S. 143 (wo auch über Rußland und Italien) u. Trumpler S. 51 (wo auch über Brasilien näher gehandelt wird); sowie Lehmann S. 641 ff., wo auch reiche Literaturnachweisungen. Über Blankoakzepte der sogen. Fakturenwechsel vgl. Bettelheim und Ehrenreich. Österreichische Gesetzeskunde 1912 III S. 144.

[2] Vgl. jedoch auch Cosack S. 225 bei N. 10 u. 11.

[3] Näheres bei Trumpler S. 156 ff. u. Meyer S. 649 ff.

[4] Anders in Rußland, Skandinavien, Finnland, Portugal, San Salvador und Brasilien. Vgl. Trumpler S. 88 u. 54 und Meyer I S. 464 ff.

[5] Vgl. Cohn in ZVerglR. IV S. 62 ff. u. Meyer II S. 277 ff.; anderer Meinung ist Bernstein, Revision S. 30, Norsa und der Antwerpener Kongreß.

3. fast überall auch für die Solvenz des Bezogenen zwischen Akzept und Fälligkeit; daher hat er bei Unsicherheit des Akzeptanten (d. h. in den Fällen der Zahlungseinstellung, Konkurseröffnung oder (oft auch) der fruchtlosen Zwangsvollstreckung) selbst Sicherheit zu bestellen, sofern sie vom Akzeptanten nicht zu erlangen ist (DWO. 29); in einzelnen Ländern ist jedoch auch hier der Zahlungsregreß gewährt [1].

Diese dreifache Haftung ist unausschließbar (vgl. oben § 7 B am Ende). Sie entsteht nicht schon mit der bloßen Unterzeichnung des Wechsels, da der Trassant seine Unterschrift noch durchstreichen, der Wechsel auch zur Zeit der Unterschrift noch unfertig (Blankett) sein kann. Anderseits bedarf es (von Rußland, Art. 15 u. 89, England, s. 2 u. 40, und den Vereinigten Staaten abgesehen) auch nicht der freilich ganz üblichen Übergabe (Begebung) durch den Aussteller an den Remittenten resp. bei Wechseln an eigene Order an den ersten Indossatar. Vielmehr entsteht die Ausstellerhaftung, wenn der vom Aussteller unterzeichnete Wechsel vollständig ausgefüllt und von einem redlichen Dritten erworben worden ist (vgl. unten § 22) [2].

4. Außerdem ist der Trassant auch seinem unmittelbaren Nachmann (Remittenten resp. dem ersten Indossatar) zur Ausstellung von Duplikaten verpflichtet; die englische Gruppe kennt jedoch diese Verpflichtung nicht.

5. In der französischen Gruppe sowie in Serbien und Belgien hat der Aussteller der Tratte für eigene Rechnung dem Bezogenen Deckung zu gewähren; bei der Kommissionstratte hat der donneur d'ordre (der Kommittent) diese Pflicht. Nach dem Wechselrecht der deutschen und englischen Gruppe besteht eine solche Pflicht wechselrechtlich nicht; der Aussteller kann höchstens zivilrechtlich auf Grund eines besonderen und vom Bezogenen aufzudeckenden Rechtsverhältnisses zur Deckung vor oder zur Revalierung nach geleisteter Zahlung verbunden sein [3].

II. Der Aussteller des Eigenwechsels haftet nur für Zahlung der Wechsel- resp. (im Fall der Nichteinlösung) der Regreßsumme, sowie bei Unsicherheit vor Verfall für Sicherheitsbestellung.

§ 9. Übertragung des Wechsels.

1. Der Wechsel kann vom Remittenten (beim W. an eigene Order vom Aussteller) übertragen werden. Die zivilrechtliche Form der Zession ist ungebräuchlich, aber statthaft; sie braucht weder auf dem Wechsel beurkundet noch überhaupt schriftlich zu sein. Zur Geltendmachung der Rechte gegen die Wechselschuldner bedarf es jedoch der Übertragung des Wechselbriefs. Die Zession überträgt die Forderung des Zedenten, mit allen ihren Pfand- und Bürgschaftsrechten, auch behaftet mit allen Einreden, die dem debitor cessus gegen den Zedenten zustehen. Der Zedent haftet nur für die Existenz der Forderung, dagegen nicht für deren Einbringlichkeit, es sei denn diese letztere Haftung besonders übernommen.

Mit zessionsähnlicher Wirkung kann der Wechsel auch durch Erbgang, Zuschlag in der Auktion, Fusion oder Verstaatlichung einer Aktiengesellschaft, Übernahme der Aktiva und Passiva eines Geschäfts, infolge Pfändung und Überweisung oder durch Zahlung der Wechselschuld seitens eines Dritten übertragen werden. — Inhaberwechsel werden durch einfache Übergabe übertragen.

2. Die eigentlich wechselmäßige Übertragung erfolgt jedoch durch Indossament (Giro).

Es ist dies ein auf den Wechsel, dessen Kopie oder Verlängerung (Allonge) gesetzter Vermerk des bisherigen Wechselgläubigers (des Remittenten oder Indossanten, Giranten), daß an seine Stelle ein anderer (der Indossatar, Giratar) treten soll.

Beim vollständigen oder ausgefüllten Indossament ist der Indossatar im Vermerk genannt, zumeist mit dem abgekürzten Zahlungsbefehl: „für mich an N.", d. h.: zahlen Sie anstatt an mich an den Indossatar. Orts- und Zeitdatum sind nützlich, doch — abweichend

[1] Rußland und der Haager Entwurf kennt diesen Regreß überhaupt nicht. — Näheres bei Meyer I S. 471 ff., II S. 281 ff. und Trumpler S. 90 ff.
[2] Vgl. auch Meyer I S. 42 ff., Trumpler S. 36 ff.
[3] Meyer I S 149 ff. Trumpler S. 54 ff.

vom C. de c., Japan, Italien und mehreren anderen Staaten[1] — nicht wesentlich. Order- und Valutenklausel sind im Giro- wie im Grundwechsel nach deutschem Recht überflüssig[2]; Bedingungen machen ungültig; anders in England (s. 33) und den Vereinigten Staaten[3]; nach HG. I 12 gelten sie als nicht geschrieben.

Das Indossament pflegt auf die Rückseite des Wechsels geschrieben zu werden (indossare est cartae dorsum inscribere); als Vollindossament kann es aber auch auf der Vorderseite stehen; es kann auch auf einer Wechselkopie oder einem mit dem Wechsel oder der Kopie verbundenen Blatt (Allonge) stehen.

3. Das Indossament schließt sich als akzessorischer Schriftenakt einem Grundwechsel an; dieser muß formgerecht sein und darf kein Verbot der Indossierung[4] (vgl. unten sub g) enthalten. Das Indossament *legitimiert* den Indossatar und hat, wenigstens der Regel nach, *Transport-* und *Garantie*effekt.

a) Es *transportiert* die Wechselforderung; sie geht, *so wie sie geschrieben* ist, über, daher (im Gegensatz zur Zession und vom Fall der Kollusion abgesehen) frei von allen Einreden, die dem Wechselschuldner gegen den Indossanten oder gegen einen seiner Vormänner zustehen; es begründet nicht Nachfolge in das Recht des Gläubigers, sondern successio in locum (*Dernburg*); der Indossatar wird *selbständiger* Gläubiger aller Wechselschuldner (proprio nomine et iure); dieser Ausschluß der Einreden ex persona indossantis ist gleichsam die Seele des Wechselrechts, worauf die Zirkulationsfähigkeit des Wechsels an erster Stelle beruht (*Wieland*) (Vgl. unten S. 184, auch oben S. 152 A 3.).

b) Der Indossatar hat das Recht zur *Weiterindossierung*, auch an einen Vormann (Aussteller oder früheren Indossanten, sog. *Rückindossament*), auch an den Bezogenen und selbst an den Akzeptanten, ohne daß sofort Konfusion einträte.

c) Er erwirbt auch präsumtiv[5] das Eigentum am Wechselbrief.

d) Ein gesetzlicher Übergang der Neben- und Sicherheitsrechte findet in den meisten Ländern der deutschen Gruppe nicht statt[6]. Insbesondere erwirbt bei der Tratte der Indossatar in allen Ländern der deutschen Gruppe sowie in England und den Vereinigten Staaten ohne besondere Abtretung kein Recht auf die in den Händen des Bezogenen befindliche *Deckung*[7]. Dagegen geben ihm das belgische Gesetz, die französische Praxis und das schottische Recht (vom Verfall ab) ein ausschließliches Recht auf die Deckung, auch gegenüber den Konkursgläubigern des Trassanten; der herrschenden Ansicht Frankreichs gilt der Indossatar sogar als propriétaire (!) de la provision. Dies Recht auf die Deckung ist ein Haupthindernis der Wechselrechtseinheit, theoretisch unhaltbar und in einzelnen Fällen (Ziehung auf Kredit) geradezu unmöglich; es entbehrt in der Praxis der ihm nachgerühmten Vorzüge, denn es schließt weder die Ausstellung von Gefälligkeitswechseln aus, noch hindert es die Zurückziehung der Deckung vor der Fälligkeit; es fördert auch nicht die Begebbarkeit des Wechsels (englische Bankiers bevorzugen die schottischen Wechsel keineswegs!), da der Erwerber nach der Solvenz der Unterzeichner, nicht nach der Existenz der Deckung zu fragen pflegt; es besitzt in Frankreich selbst namhafte Gegner, aber noch immer eifrige Verteidiger, in jüngster Zeit besonders *Thaller*[8].

---

[1] *Meyer* I S. 182 ff. *Trumpler* S. 60.

[2] Details bez. der fremden Rechte ebendas.

[3] *Meyer* I S. 199. *Trumpler* S. 70.

[4] Anders in Rußland. *Meyer* S. 205, *Trumpler* S. 59.

[5] *Lehmann* S. 665 bei N. 5. *Cosack* S. 265. Über die franz. Gruppe, Italien, Rußland *Meyer* S. 186 ff., *Trumpler* S. 58 ff.

[6] Anders in Italien, Peru, Venezuela, Rumänien, Portugal, San Salvador, sowie Belgien und die franz. Praxis. Vgl. *Trumpler* S. 58.

[7] *Meyer* S. 149 ff. *Trumpler* S. 54 ff.

[8] *Thaller* im Bull. de la soc. de lég. comp. XXIX, 1900, p. 785 ff.; gegen ihn *Sacerdoti* im Diritto comm. XX, 1920, u. *Meili* a. a. O. II S. 320; vgl. auch Actes du Congrès intern. de dr. comm. Bruxelles, p. 459 ff.; *Speiser* in Z. f. HR. 32 S. 120, 36 S. 166; *Grünhut* II S. 149; *Lyon-Caen* IV Nr. 179 u. 188, *Meyer* I S. 149 ff., II S. 96, *Trumpler* S. 54 ff. Vgl. auch *Adler* im HWB. VIII S. 656 und den von ihm zitierten *Glauert* im Bankarchiv X S. 108.

Der Indossant gibt sein Recht indes nicht unbedingt auf; es lebt vielmehr wenn der Wechsel nicht honoriert wird und zurückgeht, mit dem Rückerwerb wieder auf (ex tunc).

e) Der Indossant haftet nicht nur, wie ein Zedent, für die Existenz der Wechselforderung, sondern garantiert, wie ein Aussteller, die Zahlung, bei der Tratte auch das Akzept und die Sicherheit des Akzeptanten. „Every indorser is a new drawer." Immerhin kann jedoch, im Gegensatz zur Verpflichtung des Ausstellers (oben § 7 B am Ende), diese Haftung durch die sog. Angstklausel (z. B. durch die Worte „ohne Obligo") ausgeschlossen werden (sog. qualifiziertes Indossament). Das Indossament ist daher keine neue Tratte mit dem Inhalt der alten, aber es ähnelt einer solchen.

f) Zur formellen Legitimation bedarf es bei dem mehrfach indossierten Wechsel der geschlossenen Girokette, d. h. einer äußerlich zusammenhängenden Reihe von Indossamenten, bei denen jedes folgende vom Indossatar des unmittelbar vorangehenden unterzeichnet ist; dabei gelten durchstrichene und nicht im Zusammenhang stehende Indossamente (von Brasilien abgesehen wohl überall [1]) als nicht geschrieben; gefälschte unterbrechen die Girokette nicht [2].

g) Die Indossabilität hat im deutschen und englischen Recht die Orderklausel nicht zur Voraussetzung. Sie ist ein naturale negotii. Sie kann ihm nur durch ein Verbot im Grundwechsel selbst (die sog. Rektaklausel oder negative Orderklausel) entzogen werden (Art. 9). Diese Klausel lautet meist: „nicht an Order". Alle Indossamente eines mit solcher Klausel versehenen Wechsels (Rektawechsel) sind allen Wechselschuldnern gegenüber [3] wechselrechtlich wirkungslos; sie können aber unter Umständen als Zessionen oder Vollmachten wirken.

4. Teilindossamente erzeugen, was freilich bestritten, kein Wechselrecht [4].

5. Eine Unterart des Indossaments ist das Indossament ohne Namensangabe des Indossatars (Blankoindossament [offenes Giro]); es genügt dafür aber auch schon die bloße Namensunterschrift des Indossanten (sog. einfachstes [5] Blankoindossament); in diesem Fall muß es auf der Rückseite des Wechsels stehen. In Frankreich wirkt das Blankogiro nur als Vollmacht (procuration, endossement irrégulier), in Deutschland und England hat es vollen Transport- und Garantieeffekt. Es unterbricht die zur Legitimation nötige Girokette nicht. Jeder Wechselinhaber gilt als legitimierter Wechselgläubiger, darf die sämtlichen auf dem Wechsel befindlichen Blankoindossamente ausfüllen, den Wechsel aber auch ohne diese Ausfüllung einziehen, einklagen, voll oder in blanco weitergirieren oder ihn ohne eine Unterzeichnung (und daher ohne eigene Haftung) durch bloße Übergabe [6] (sog. Blankotradition) übertragen. Der blankoindossierte Wechsel teilt die Vorteile und Gefahren des Inhaberpapiers, ist aber doch kein solches, da der Inhaber ihn jederzeit in ein Orderpapier zurückwandeln kann.

6. Modifikationen des Indossaments sind (außer dem oben 3 e erwähnten Indossament ohne Obligo) noch folgende:

a) Das Rektaindossament. Es verbietet die weitere Indossierung durch die Rektaklausel: „nicht an Order". Der rekta-indossierte Wechsel bleibt gleichwohl (im Gegensatz zum Rektawechsel, vgl. oben 3 g und § 7 Z. 3) indossabel [7]; aber der verbietende Indossant (nur er) wird den Nachmännern seines Indossatars (nur diesen) gegenüber nicht haftbar; die Wirkung des Verbots ist sonach (im Gegensatz zum Rektawechsel) nur eine relative, keine absolute (A. 15).

[1] Trumpler S. 65, Meyer S. 196 ff.

[2] Anders in England; Trumpler S. 99. Vgl. überhaupt Leist S. 150 ff.

[3] Nur dem Aussteller gegenüber in Rußland, Italien und etlichen anderen Ländern; vgl. Trumpler S. 58, Meyer I S. 168 ff.

[4] Über fremde Rechte vgl. Trumpler S. 70. Der Haager Entw. 12 Abs. 3 erklärt es für ungültig.

[5] Vgl. Trumpler S. 62 ff., Meyer I S. 177 ff.

[6] Wird in Belgien für unzulässig erachtet. Trumpler S. 64. Statthaft nach Haag. E. I 14 Z. 3.

[7] Anders in England; in der franz. Gruppe ist die Orderklausel wesentliches Erfordernis auch des Indossaments, der Rektavermerk im Giro daher nur als Prokuraindossament gültig, resp. ganz nichtig. Trumpler S. 62 u. 66, Meyer I S. 192.

b) Das Prokura- oder Inkasso- oder Vollmachtsindossament. Es kennzeichnet den Indossatar als bloßen Bevollmächtigten, gewöhnlich durch die Klausel: „zum Inkasso" oder „in Prokura". Es hat weder Transport- noch Garantiefunktion, sondern ermächtigt nur den Indossatar, als Vertreter des Indossanten, dessen Wechselrecht, insbesondere durch Einziehung und Einklagung, geltendzumachen, diese Vollmacht auch durch Prokuraindossament (nicht aber durch eigentliches Giro)[1] weiter zu übertragen. Als bloßer Bevollmächtigter muß der Prokuraindossatar sich alle Einreden aus der Person seines Indossanten entgegensetzen lassen (A. 17).

Der Verkehr bedient sich statt des Mißtrauen verratenden offenen Prokuraindossaments zum Inkasso für Rechnung des Indossanten gern des eigentlichen Indossaments (sog. stilles oder verkapptes Prokuraindossament, fiduziarisches Indossament, auch „Vollindossament zu Inkassozwecken" genannt)[2]; es ist als gültig zu erachten. Der Inkassomandatar hat nach außen die Stellung eines wahren Indossatars; er kann mit Vollindossament weiter girieren und haftet auch als Indossant seinen Nachmännern, unterliegt aber, was freilich sehr umstritten, den Einwendungen auch aus der Person seines Indossanten, sofern er auf der Wechselforderung beharrt, obwohl er erfahren, daß Einwendungen gegen seinen Vormann bestehen; im Regreßwege kann er den Mandanten nicht in Anspruch nehmen.

c) Das Indossament ist, von Spanien, Holland und etlichen anderen Ländern abgesehen[3], auch nach Verfall (Nachindossament) möglich und legitimiert, wie das Indossament vor Verfall. Das deutsche, österreichische, bosnische, schweizer und serbische Recht unterscheidet:

α) das Nachindossament des mangels Zahlung rechtzeitig protestierten Wechsels; es hat gar keinen Garantieeffekt und nur unvollkommenen Transporteffekt, denn es überträgt die Rechte gegen Akzeptanten und Wechselindossanten nicht als selbständige, sondern, wie bei der Zession, nur als abgeleitete, mit allen Einreden aus der Person des Vormanns behaftete;

β) das Nachindossament des nicht rechtzeitig protestierten (präjudizierten) Wechsels; es hat vollkommenen Garantieeffekt hinsichtlich des Nachindossanten; die Vorindossanten sind zufolge der Protestversäumung regreßfrei geworden; dagegen gehen die Rechte gegen die Nachindossanten und den Akzeptanten als selbständige über, und zwar nach der herrschenden Meinung unter der Bedingung der Präsentation binnen zwei Jahren, gleichsam als wäre mit dem ersten Nachgiro ein Sichtwechsel mit dem sonstigen Inhalt des präjudizierten Wechsels ausgestellt worden. Die Schweiz hat diese Präsentationspflicht gesetzlich fixiert, und zwar bei akzeptierten Wechseln auf drei Jahre, bei nichtakzeptierten auf ein Jahr.

Dieser ebenso gefeierten wie angefochtenen[4], von der loi type und dem Haager Entw. I Art. 20 verworfenen Zweiteilung des deutschen Rechts (A. 16) haben sich die meisten Staaten der deutschen Gruppe nicht angeschlossen; in Rußland hat der Nachindossatar stets selbständige Rechte, und das nimmt auch die herrschende Ansicht in Frankreich an; in den meisten Ländern, auch in England, Belgien, Japan und dem Haager Entwurf, erwirbt dagegen der Nachindossatar nur abgeleitete Rechte wie ein Zessionar[5].

d) Das Pfandindossament bezweckt nicht die Übereignung des Wechsels, sondern nur die Einräumung eines Pfandrechts am Wechsel. Es kann offen mit einer die Verpfändung ausdrücklich bekundenden Klausel (z. B. „Wert zum Pfand") erfolgen, aber auch in der Form des eigentlichen Indossaments ohne Pfandvermerk (sog. stilles oder verkapptes Pfandindossament). Der Indossatar wird nicht Eigentümer, erwirbt aber das Recht der Einziehung, Einklagung, der nur pfandweisen Weiterindossierung und des Regresses gegen

---

[1] In den Niederlanden u. nach der franz. Praxis ist ihm auch das gestattet. Trumpler S. 69. Meyer S. 195. Der Haager Entw. Art. 17 folgt dagegen dem deutschen Recht.

[2] Adler S. 76 ff., Lehmann S. 663 n. 9.

[3] Literaturnachweise bei Grünhut II S. 143 N. 1, Wieland S. 282 Nr. 1. Vgl. auch Truchholz in Gruchots Beiträgen Bd. 47 (1903) und Cosack S. 262 ff.

[4] Vgl. ZBergIR. IV S. 38 ff.

[5] Näheres bei Meyer I S. 203 ff., Trumpler S. 66 ff., Wieland in Z. f. HR. 68 S. 376.

die Vormänner des Pfandindossanten (nicht auch gegen diesen selbst); den Einreden aus der Person des Indossanten ist er nicht unterworfen (streitig) [1]. In den Gesetzen ist es fast ganz übergangen; der Haager Entw. I Art. 19 läßt es ausdrücklich zu und regelt die Wirkungen [2].

§ 10. Die Annahme.

1. Die Annahme seitens des Bezogenen (Akzeptation, Akzept) findet nur bei der Tratte statt; beim Eigenwechsel ist sie begrifflich ausgeschlossen.

Sie setzt zur Wirksamkeit eine formgerechte Tratte voraus, ohne daß jedoch Echtheit der Unterschrift des Trassanten oder Wechselfähigkeit desselben notwendig wäre. Die Annahme kann aber auch schon vor der Ausfüllung der Tratte abgegeben werden (sog. Blankoakzept); dies kommt besonders oft als Kaution und zur Kreditbeschaffung aus Gefälligkeit vor (über das Ausfüllungsrecht, vgl. oben § 7 D).

2. Der Annahme geht zumeist die Präsentation voraus, d. h. eine unter Vorlegung des Originalwechsels an den Bezogenen (den Präsentaten) gerichtete Aufforderung, die Zahlung der Tratte wechselmäßig zu versprechen. Sie muß an einem Werktage im Geschäftslokale, evtl. in der Wohnung am Wohnort des Bezogenen (nicht des Domiziliaten) erfolgen.

Zur Präsentation berechtigt („diskretionär befugt") ist jeder faktische Inhaber der Tratte, auch die Post. Die bloße Detention gilt (von England abgesehen wohl allgemein) als Vollmacht des Wechselgläubigers; eines Indossaments an den Präsentanten bedarf es nicht.

Eine gesetzliche Präsentationspflicht besteht nicht mehr; der Inhaber ist zur Diligenz (vgl. unten S. 173 ff.) als Mandatar seiner Vormännernicht mehr verpflichtet. Immerhin bestehen drei (scheinbare) Ausnahmen nach deutschem Recht:

a) Der Nachsichtwechsel (Art. 19) muß bei Verlust des Regresses gegen die Vormänner behufs Herbeiführung des Verfalltages nach Maßgabe der vom Aussteller oder Indossanten im Wechsel oder Indossament getroffenen Bestimmung, evtl. binnen der gesetzlichen Frist von zwei Jahren [3] nach dem Ausstellungsdatum zum Akzept und zwar zum datierten Akzept präsentiert und protestiert werden; das datierte Akzept bestimmt die Verfallzeit; das Datum des Protestes ersetzt das fehlende Datum des Akzepts. Die Ausnahme ist nur scheinbar, weil die Präsentation nur Bedingung für das Regreßrecht ist, und weil, was in Rußland gesetzlich anerkannt, in Deutschland freilich bestritten ist [4], die Präsentation zur bloßen Bestätigung der Sicht anstatt zur Annahme genügt.

b) Im Domizilwechsel (Art. 24) kann der Trassant bei Regreßverlust die Präsentation behufs Bezeichnung des Zahlungsleisters (Domiziliaten) vorschreiben. Auch hier liegt nur eine Regreßbedingung, keine wahre Pflicht vor; überdies beruht diese Ausnahme nicht, wie in England, auf Gesetz, sondern auf Privatdisposition. — Die englische und französische Gruppe dehnen diese Befugnis des Trassanten (auch des Indossanten), die Präsentation vorzuschreiben, auf alle Tratten aus und verpflichten den Inhaber alsdann zur Präsentation bei Schadensersatz [5].

c) Kraft Vereinbarung kann ein Wechselgläubiger zur Präsentation bei Schadensersatz zivilrechtlich verpflichtet sein.

3. Die Tratte ist, im Gegensatz zur Anweisung, unbedingt akzeptabel; Aussteller und Giranten haften für die Annahme. Das Recht des Inhabers zur Präsentation kann mit wechselrechtlicher Wirkung durch keine Klausel aufgehoben werden; anders im französischen,

[1] Cosack S. 265; vgl. aber auch Adler S. 81 (österr. Praxis). Vgl. noch Lehmann S. 554 N. 4 u. die dort Zitierten.

[2] Wieland a. a. O. S. 376. Die Vertragsstaaten können aber nach Art. 4 des „Abkommens" den Pfandvermerk für nicht geschrieben erklären.

[3] Nach einzelnen fremden Gesetzen in kürzerer Frist (2—18 Monate); Meyer I S. 232ff., Trumpler S. 72 ff. u. 86.

[4] Vgl. ZVerglR. IV S. 74. Lehmann S. 675 N. 2. Staub-Stranz Art. 20 Anm. 3.

[5] Meyer I S. 235 u. 236. Bei Trumpler a. a. O. anscheinend übergangen.

italienischen und wohl auch englischen Recht, auch nach dem Haager Entwurf Art. 22 Abs. 2 mit Ausnahme der Domizil- und Nachsichtwechsel.

4. Die Präsentation ist sofort, selbst am Ausstellungstage, und beliebig später, selbst am Verfalltage, statthaft. Eine Ausnahme besteht nur bezüglich der Meß- und Marktwechsel, die nur zu der durch Meßortgesetz bestimmten Präsentationszeit am Meß- oder Marktort zu präsentieren sind. Eine die sofortige Präsentation und Protestation ausschließende Übereinkunft ist, selbst wenn sie im Wechsel oder Giro steht, ohne wechselrechtliche Wirkung (Nov. 5 zu Art. 18); entgegengesetzte Usancen (sog. Augsburger Akzept) sind beseitigt. Der Haager Entwurf Art. 22 gestattet in jedem Wechsel die Bestimmung, daß er nicht vor einem bestimmten Tage zur Annahme vorgelegt werden darf.

Dem Bezogenen gewähren die meisten fremden Rechte, auch viele der deutschen Gruppe (darunter die Schweiz, Italien, Skandinavien, Rußland, Portugal [1], sowie der Haager Entwurf eine 24stündige, England die verkehrsübliche (customary) Bedenkfrist; in Deutschland, Ungarn, Bulgarien, Japan hat der Bezogene sich dagegen sofort über die Annahme zu erklären. Diese Pflicht und das Recht zur sofortigen Präsentation bezeichnet man als das Prinzip des prompten Akzepts.

5. Eine Verpflichtung des Bezogenen zu akzeptieren besteht, ohne besonderes Abkommen, selbst für den Schuldner des Ausstellers nicht; anders nur unter Kaufleuten für Handelsschulden in Höhe des Schuldbetrages in Belgien, Portugal, San Salvador und Costa Rica [2].

6. Die Annahme muß durch schriftlichen Vermerk des Bezogenen auf dem Original selbst [3] vorgenommen werden, gleichviel an welcher Stelle. Gewöhnlich erfolgt sie quer [4] an der Vorderseite, und zwar mittels des unterzeichneten Worts „angenommen" oder eines gleichbedeutenden Ausdrucks (in Frankreich und einer Reihe von Ländern obligatorisch) [5]; die bloße Namensunterschrift (sog. abgekürztes Akzept [6]) genügt dagegen allgemein in England und (auf der Vorderseite) in Deutschland; auf der Rückseite muß nach Art. 21 noch irgendeine Erklärung hinzutreten, die nicht unzweifelhaft das Gegenteil des Akzeptationswillens ausdrückt; selbst „gesehen" genügt. Datierung ist nicht nötig [7]; selbst das undatierte Akzept des Nachsichtwechsels ist bindendes Akzept.

Die einmal erfolgte Annahme kann nicht wieder zurückgenommen werden; daher kann das einmal gezeichnete Akzept vom Bezogenen selbst vor der Aushändigung an den Präsentanten weder zurückgenommen (durchstrichen) noch beschränkt werden. Das schweiz. ObligR. Art. 740 hat diese Konsequenz der DWO. (Art. 21) ausdrücklich ausgesprochen. Das durchstrichene Akzept wird als undurchstrichen fingiert. Dagegen gibt Belgien dem Bezogenen das Durchstreichungsrecht innerhalb der 24stündigen Bedenkfrist, Italien und die französische Praxis bis zur Aushändigung [8], England bis zur Mitteilung, der Haager Entwurf Art. 22 bis zur Aushändigung oder Mitteilung an den Inhaber.

Die Annahme durch einen Nichtbezogenen verpflichtet nicht, kann auch nicht als Eigenwechsel aufrechterhalten werden, wohl aber unter Umständen als Aval gelten.

In Ermangelung der Annahme darf der Inhaber Protest erheben und Regreß nehmen.

7. Die Annahme kann auf einen Teil der Wechselsumme beschränkt, ein solches Teilakzept daher vom Inhaber (bei Verlust des Regresses hinsichtlich des angebotenen Teils) nicht abgelehnt werden (anders in England, den Vereinigten Staaten, Finnland, Argentinien

---

[1] Trumpler S. 20 u. 87.
Meyer I S. 166 ff.

[3] In Frankreich bestritten. In Spanien u. Honduras wirkt unter Umständen schriftliche Akzeptanzeige ähnlich wie ein Akzept; vgl. auch Art. 222, 223 und 225 des Negot. Instrum. Law (accept per retentionem litterarum). Meyer S. 212, 215 und 250, Trumpler S. 84 u. 78

[4] Daher der Spruch: „Wer quer schreibt, dem geht's quer."

[5] Trumpler, S. 77 ff. (z. B. accepté, acepto, aceptada, es buena, vu pour payer, je paierai, Meyer S. 211.

[6] Meyer S. 210 ff.

[7] Vgl. jedoch bez. einzelner fremder Rechte (Spanien) Meyer S. 212 ff. und insbes. des Nachsichtwechsels S. 258 ff., sowie Trumpler S. 75 ff.

[8] Vgl. Trumpler S. 80, Meyer S. 65 u. 215 ff., Lehmann S. 652 N. 3.

und Uruguay). Dagegen darf der Inhaber eine durch Beifügung sonstiger Einschränkungen (Zeit- und Ortsänderungen) qualifizierte Annahme ablehnen; sie gilt (hinsichtlich des Regresses) als gänzlich verweigert. Übermäßiges Akzept gilt nur in Höhe der Wechselsumme. Ungültig ist ein wirklich bedingtes Akzept; dies ist freilich bestritten und in England anders geregelt [1].

8. Erst durch die Annahme entsteht die wechselmäßige, selbständige, nicht bloß bürgschaftsmäßige Pflicht des Bezogenen zu zahlen, und zwar nach dem Inhalt seines (reinen oder qualifizierten) Akzepts (Qui acceptat, solvat. Chi accetta paghi), außerdem auch bei eigener Unsicherheit Sicherheit zu bestellen. Diese Pflicht besteht jedem gutgläubigen, formell legitimierten Inhaber gegenüber, in den meisten Ländern der deutschen Gruppe und nach der französischen Praxis [2] auch dem Aussteller gegenüber; so auch Haager Entw. A. 28 Abs. 2. Der Akzeptant wird Hauptschuldner; Aussteller und Indossanten haften nach der Annahme nur noch eventuell für die Zahlung.

Dem Akzeptanten steht dagegen kein Wechselrecht gegen den Aussteller zu; er tritt nur als Verpflichteter in den Wechselverband. Im Gegensatz zu dem (übrigens unklaren) Art. 117 des Code de comm. (l'acceptation suppose la provision) knüpft das deutsche Recht keine Vermutung des Deckungsempfanges an das Akzept. — Der Trassant kann den Zahlungsauftrag dem Bezogenen gegenüber nur bis zum Akzept widerrufen. Dem Inhaber gegenüber ist die Konterorder überhaupt wirkungslos [3].

Dem Akzeptanten gleich haftet der Aussteller des Eigenwechsels (Art. 98).

§ 11. Die Zahlung.

Der Zahlung geht in der Regel die Präsentation zur Zahlung voran. „Der Wechsel muß zu mir kommen, ich brauche ihm nicht nachzugehen" [4]. Die Präsentationspflicht kann durch eine (fast nur bei Eigenwechseln vorkommende) Klausel im Wechsel oder vertragsmäßig erlassen werden.

Der im Wechsel angegebene Verfalltag deckt sich nicht stets mit dem eigentlichen Zahlungstage, d. h. dem Tag, an dem die Zahlung wirklich gefordert werden kann. Eine gesetzliche Hinausschiebung findet, wenn der Verfalltag auf einen Sonn- oder (allgemeinen) Festtag fällt (jetzt auch in Frankreich [5]), auf den nächsten Werktag statt. Dagegen sind die früher weitverbreiteten sog. Respekt- oder Gnadentage (d. h. dem Schuldner zustehende gesetzliche Anstandsfristen nach eingetretenem Zahlungstermin) in den meisten Ländern abgeschafft; anders in England (drei Tage, mit gewissen Ausnahmen, s. 14 [6]); übrigens ist, zwar nicht in Deutschland, doch in vielen Ländern [7] (auch Frankreich, Belgien, Schweiz, Italien, Rußland 68 Z. 3) der Schuldner tatsächlich in der Lage, die Zahlung auf den folgenden Tag zu verschieben, da erst an diesem protestiert werden darf. Die früher (z. B. in Augsburg und Bremen) durch Ortsrecht eingeführten allgemeinen Zahltage (sog. Kassiertage) sind 1876 partikularrechtlich wieder beseitigt worden. Gewillkürte Hinausschiebung der Zahlungszeit durch Prolongationsvermerk des Wechselgläubigers auf dem Wechsel ändert, was streitig, die Verfallzeit (und den Verjährungsbeginn) nicht, sondern wirkt nur als Stundung dem Prolonganten und denjenigen Vormännern gegenüber, die in die Stundung gewilligt haben [8] (vgl. SchwOR. 761). Die durch Gesetz gewährte (notwendige) Prolongation schiebt den Verfalltag wirklich hinaus, und zwar allen Wechselinteressenten, auch den Ausländern gegenüber; dagegen hält ein Moratorium den Verfalltag fest und schiebt nur die Fristen (zur Präsentation, Pro-

[1] Meyer S. 221 ff. Trumpler S. 81 ff.
[2] Meyer S. 227 bei N. 1. Trumpler S. 85.
[3] Cosack S. 284.
[4] Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter S. 236 N. 92.
[5] Über die drei Gesetze v. 28. März 1904, 13. Juli 1905 u. 20. Dez. 1906 vgl. Meyer I S. 76. Trumpler S. 168 u. 108.
[6] Meyer S. 128 ff. u. 275. Trumpler S. 95 ff.
[7] Meyer S. 319 u. 371. Trumpler S. 107 ff.
[8] Vgl. Staub-Stranz Art. 82 Anm. 31 ff. Cosack S. 221. Meyer S. 281.

sestation und Klageerhebung) hinaus; es wirkt mithin nur bezüglich der im Inland entstandenen Wechselverpflichtungen.

Die Bestimmung des Verfalltags bei einzelnen Arten von Wechseln (besonders von Sicht-, Nachsicht-, Dato-, Meß-, Markt- und nach altem Stil datierten Wechseln) ist in Art. 30–35 näher normiert [1].

Zahlung vor Verfall kann weder gefordert noch aufgedrängt werden; der Zahler trägt, wie viele Gesetze [2] ausdrücklich bestimmen, die Gefahr der verfrühten Zahlung. Die deutsche und englische Wechselordnung schweigen. — Die Zahlung ist vom Bezogenen, beim Eigenwechsel vom Aussteller, bei Domizilwechseln vom Domiziliaten zu leisten.

Die Zahlung muß an den gutgläubigen und darf an jeden durch die zusammenhängende Girokette formell legitimierten Inhaber erfolgen; der Zahlende ist verpflichtet, die Identität des Inhabers mit der Person, auf welche die formelle Legitimation lautet, zu prüfen; dagegen ist er zur Prüfung der Echtheit der Indossamente weder verpflichtet [3] noch berechtigt.

Die Zahlung der Wechselsumme erfolgt in der Landesmünze; Zahlung in fremder Münze darf nur [4] dann gefordert werden, wenn der Aussteller durch die Effektivklausel (d. h. das Wort „effektiv" oder einen gleichbedeutenden Zusatz) dies ausdrücklich bestimmt hat. (A. 37.)

Teilzahlung muß (im Interesse der Verminderung der Regreßsumme) angenommen werden [5], und zwar selbst dann, wenn die ganze Wechselsumme akzeptiert war.

Wechselzahlung ist Einlösung; der Wechselschuldner braucht nur Zug um Zug gegen Aushändigung des quittierten Wechsels zu zahlen. Bei Teilzahlung kann nur Abschreibung der gezahlten Summe auf dem Wechsel und Erteilung einer Quittung verlangt werden (Art. 39, Novelle v. 1908).

Durch die Zahlung der Tratte erwirbt der Bezogene an sich noch nicht einen Ersatzanspruch (Revalierungsanspruch) gegen den Aussteller (oder den Kommittenten); er muß vielmehr, was freilich höchst bestritten [6], das unterliegende Rechtsverhältnis aufdecken. Hat er als Mandatar des Ausstellers gehandelt, so hat der Aussteller die Hingabe der Deckung zu erweisen.

Ist die Präsentation unterblieben, so gerät der Wechselschuldner nicht in Verzug; der Gläubiger kann weder Verzugszinsen noch (bei sofortiger Zahlung auf die Klage) Prozeßkosten fordern. Der Schuldner ist vom dritten Tage nach dem Zahlungstage an berechtigt, die geschuldete Summe auf Gefahr und Kosten des Inhabers zu hinterlegen [7].

§ 12. Der Protest [8].

Der seit 1335 nachweisbare Protest war ursprünglich die an die Präsentation zur Zahlung sich anschließende feierliche Wahrung aller Schadensersatzansprüche gegen die Vormänner. Diese Wahrung ist weggefallen. Jetzt ist der Protest nur noch ein in gesetzlich bestimmter Form errichtetes Zeugnis einer Urkundsperson über die durch sie bewirkte Präsentation und deren Erfolglosigkeit [9]. Er ist zuweilen nur ein bloßes Beweismittel, z. B. beim Anspruch gegen den Akzeptanten, vielfach aber das einzig zulässige Beweismittel über die erfolglos bewirkte Präsentation, mithin ein gesetzlich notwendiger Solennitätsakt, m. a. W. eine (allerdings erlaßbare) gesetzliche Bedingung von Wechselverbindlichkeiten, insbesondere der Regreßverpflichteten.

Der Ausdruck „Protesterhebung" oder „Protestlevierung", nicht die Sache stammt vom

[1] Über die fremden Rechte vgl. Meyer S. 87 ff. (Kalenderverschiedenheit), 123 ff., 129, 258 ff. Trumpler S. 92 ff.

[2] Meyer S. 287. Trumpler S. 97.

[3] Anders in England; vgl. überhaupt Meyer S. 268 ff., Trumpler S. 97 u. 99.

[4] Anders in Frankreich (C. d. c. 143); vgl. überhaupt Meyer S. 291, Trumpler S. 99 ff. u. 159.

[5] So auch Haag. E. Art. 48 Abs. 2. Anders in Spanien und wohl auch in Frankreich. Vgl. Meyer S. 296. Trumpler S. 101.

[6] Vgl. Cosack S. 283, Adler S. 49 ff., Lehmann S. 659, Meyer S. 130 ff. u. 228 ff., Trumpler S. 55, Cohn-Georgi Art. 23 N. 5.

[7] Vgl. Meyer S. 307 ff. Trumpler S. 102.

[8] Emil Leist, Der Wechselprotest und seine Reform 1899. Graunitz, Der Wechselprotest, 1911. Meyer S. 310 ff., 670 ff. Trumpler S. 158 ff. u. 170 ff.

[9] Vgl. Goldschmidt, System § 183. Universalgeschichte des HR. S. 457 N. 156.

mittelalterlichen „cartam levare“, einem symbolischen Traditionsakt bei Grundstücken, die im Aufheben des auf die Erde gelegten Pergaments bestand.

Um der Beweiskraft willen wurde der Protest schon seit dem Mittelalter an umständliche und kostspielige Förmlichkeiten gebunden. Seine Vereinfachung wurde in Deutschland seit 1849 wiederholt gefordert; vereinzelt wurde sogar seine Abschaffung gewünscht; die Reformbestrebungen führten schließlich zum Reichsgesetz v. 30. Mai 1908, der sog. Protestnovelle[1].

Befugt zur Protesterhebung sind allgemein (von Belgin abgesehen) die Notare und gewisse landesrechtlich ermächtigte Gerichtsbeamte; daneben in Belgien und jetzt auch in Deutschland die Postbeamten und zwar unter Haftung des Fiskus. Immerhin bezieht sich in Deutschland die Befugnis der Post ausschließlich auf die Proteste mangels Zahlung, und selbst von diesen sind nach Bek. des Reichskanzlers v. 5. August 1908 fünf Kategorien vom Postprotest noch ausgeschlossen (nämlich die Wechsel über mehr als 800 Mk., die Wechsel in fremder Sprache, auf ausländische Münzsorten mit Effektivklausel, mit Notadresse oder Ehrenakzept, sowie die unter Vorlegung von Duplikaten oder Kopie zu protestierenden Wechsel). — In England und den Vereinigten Staaten ist in Ermangelung eines Notars auch ein angesehener Einwohner vor zwei Zeugen zur Protesterhebung befugt.

Die Protestierung muß an einem Werktage und zwar nach der Novelle zwischen 9 Uhr vormittags und abends 6 Uhr erfolgen; zu einer anderen Stunde nur mit beiderseitigem Einverständnis. Sie darf nur in der Ortschaft erfolgen, in der der Wechsel präsentiert werden muß (mangels Annahme und mangels Sicherheit also am Adreßort, mangels Zahlung ebendaselbst resp. am Domizil). Eine Ausnahme besteht nur für Ortschaften, die vom Bundesrat (Bek. v. 9. Januar 1909) im Verhältnis zueinander als Nachbarorte erklärt sind. — In der Protestortschaft ist der Protestakt im gegenwärtigen Geschäftslokal und in Ermangelung eines solchen in der gegenwärtigen Wohnung des Protestaten vorzunehmen; in einer anderen Lokalität nur mit beiderseitigem Einverständnis.

Der Protest mangels Zahlung ist nach der Novelle auf die Rückseite des Originalwechsels selbst oder eines mit diesem verbundenen Blattes (Allonge) zu setzen, in allen übrigen Fällen auf eine die Identität des Wechsels außer Zweifel setzende Abschrift des Wechsels mit allen seinen Indossamenten und Vermerken[2].

Jeder Protest muß die Person, in deren Auftrag er erhoben ist (den sog. Protestanten oder Requirenten), und die Person, gegen welche er erhoben ist (den sog. Protestaten) benennen; er hat ferner anzugeben, daß Protestat erfolglos aufgefordert worden oder nicht anzutreffen gewesen ist, sowie Ort und Zeit der erfolgten oder versuchten Aufforderung.

Protestant und Protestat kann (beim Domizilwechsel) eine Person sein (sog. Deklarationsprotest).

Der Protest muß von den Protestbeamten unterschrieben, datiert und (anders in der Schweiz) untersiegelt sein.

Kann der Protestbeamte trotz Nachforschung (bei der Ortspolizeibehörde oder in sonstiger geeigneter Weise) in der betreffenden Ortschaft weder Geschäftslokal noch Wohnung des Protestaten ermitteln, so ist dies im Protest zu beurkunden (sog. Wind-, Platz-, Nachforschungs- oder Perquisitionsprotest[3]). Angabe der Mittel der Nachforschung ist im Protest nicht erforderlich.

Über eine Präsentation an mehrere Personen genügt eine Protesturkunde.

Die Urkundsperson hat jetzt in Deutschland eine beglaubigte Abschrift der von ihr aufgenommenen Proteste zurückzubehalten, auch über den wesentlichen Wechselinhalt einen Vermerk aufzunehmen und die Abschriften und Vermerke geordnet aufzubewahren. Das ander-

[1] Vgl. oben § 3, sowie Makower in Z. f. HR. 41 S. 361 ff. J. Stranz, Ein Protest gegen den Wechselprotest, 1903. Rießer im Recht, 1907, S. 25 ff. Bernstein, Die Reform des Wechselprotestes, 1907, auch Cohn, Der Kampf um den Wechselprotest, 1905, und über den Vorentwurf in Z. f. HR. 59 S. 104 ff. Weitere Literatur bei Staub-Stranz S. 264 Art. 87 Einleitung.

[2] In Belgien stets als Anhang zum Wechsel, in den Ver. Staaten entweder angeheftet oder als besondere Urkunde mit Abschrift, in allen übrigen Ländern als besondere Urkunde Trumpler S. 161 und 162.

[3] Die Nomenklatur steht nicht fest. Perquisitionsprotest wird auch für den Protest mangels Aushändigung gebraucht. v. Canstein, Lehrb. S. 336; Platz- oder Windprotest auch für den Fall, daß Protestat keine Antwort gegeben oder in seinem Geschäftslokal nicht anzutreffen gewesen ist; vgl. Staub-Stranz A. 88 Anm. 42 u. A. 91 Anm. 1.

wärts noch vorgeschriebene Protestregister ist in Deutschland durch die Protestnovelle abgeschafft. (A. 87—90.)

Berichtigung von Schreibfehlern und sonstigen Mängeln ist bis zur Aushändigung der Protesturkunde zulässig und als Berichtigung kenntlich zu machen.

Die beiden Hauptarten des Protestes sind: der Protest mangels Zahlung und der Protest mangels Annahme. Einen Anhang zu diesen bildet bei Ehrenannahme und Ehrenzahlung der sog. Interventionsprotest (vgl. unten § 15). Andere Protestarten sind der Protest mangels Datierung (des Nachsichtwechselakzepts), der sog. Sekuritätsprotest zur Feststellung, daß der unsicher gewordene Akzeptant resp. Eigenwechselaussteller keine Sicherheit auf Erfordern bestellt hat, und der Protest mangels Aushändigung eines Wechselexemplars (auch Perquisitionsprotest genannt). Mehrdeutig ist der Ausdruck Kontraprotest[1]; er bedeutet in der Regel den Protest darüber, daß auf Grund eines bereits protestierten Wechsels auch bei einer zweiten Person, besonders Notadressaten und Ehrenakzeptanten, vergebens präsentiert wurde.

Der Protest mangels Zahlung muß spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahlungstag erhoben werden; am Zahlungstage selbst ist er zwar in Deutschland statthaft, dagegen nicht in vielen anderen Ländern (Schweiz, Frankreich, auch nach dem Haager Entw. Art. 52).

Ist der Protest mangels Zahlung nicht rechtzeitig oder nicht ganz fehlerfrei[2] aufgenommen, so heißt der Wechsel präjudiziert. Der Wechselgläubiger verliert den Regreß gegen Indossanten und Trassanten; er behält ihn aber (und zwar jetzt auch bei dem domizilierten Wechsel) gegen Akzeptanten resp. Aussteller des Eigenwechsels. Für die Präjudizierung ist es nach deutscher Praxis, russischem (§35) und schweizerischen Gesetz [A. 813] (im Gegensatz zum französischen, englischen, skandinavischen und anderen fremden Rechten[3]) gleichgültig, ob sie auf Schuld, Zufall oder höherer Gewalt beruht; nach dem Haager Entw. 67 entschuldigt höhere Gewalt (dazu werden aber nur allgemeine, nicht individuelle Behinderungsgründe gezählt, und der Protest ist nach Wegfall des Hindernisses nachzuholen[4]). Den Nachteil der Präjudizierung hat der Inhaber zu tragen. Trifft die Schuld den Protestbeamten, so haftet er bei Vorsatz und Fahrlässigkeit dem Requirenten für vollen Schadensersatz; nur die Postverwaltung haftet etwas beschränkter. Der Protestbeamte ist zur Annahme angebotener Zahlung unausschließbar berechtigt und verpflichtet. — Vor Erhebung des Zahlungsprotestes hat der Beamte die Legitimation des Protestanten zu prüfen; er hat ihn daher, was freilich streitig, zur Durchstreichung entgegenstehender Indossamente zu veranlassen.

Ein Erlaß des Protestes außerhalb des Wechselbriefs wirkt nur unter den unmittelbar Beteiligten; Erlaß im Wechselbrief oder Indossament (Klausel: ohne Protest, ohne Kosten, o. K., o. Pr., retour sans frais[5]) wirkt nur gegen den Erlasser zugunsten aller späteren Erwerber des Wechsels (in Italien gilt die Erlaßklausel für nicht geschrieben). Der Protesterlaß entbindet nicht von der Präsentation. Er begründet, vorbehaltlich des Gegenbeweises, die Rechtsvermutung, daß die Präsentation erfolglos geschehen sei; der Regreßschuldner hat also die nicht erfolgte Präsentation zu beweisen. Der Erlaß hindert auch den Inhaber weder an der Protesterhebung noch an der Forderung der Kostenerstattung seitens der betreffenden Regreßpflichtigen. (A. 42, auch Haager Entw. 53 Abs. 2).

Richtige Präsentation und Protestation sind gesetzliche Resolutivbedingungen der Wechselforderung; sie werden auch — zuweilen in Verbindung mit der Notifikation[6] — unter der Bezeichnung Diligenz- oder Vigilanzpflicht des Wechselgläubigers zusammengefaßt; eine wirkliche Verpflichtung liegt jedoch nicht vor; der Inhaber hat nicht die Rechte seiner Vormänner wahrzunehmen, sondern sorgt für sein eigenes Interesse; die Unterlassung der

[1] Vgl. v. Canstein S. 334 N. 25. Vgl. auch unten S. 177.

[2] Vgl. Bernstein, Die Revision der WO. S. 65: „Zeige mir einen Protest, und ich zeige dir dessen Ungültigkeit." Immerhin ist der Protest nur wegen erheblichen Formverstoßes nichtig; dies folgt aus der abgeänderten Fassung des Eingangs des Art. 88.

[3] Meyer I S. 90 ff. Trumpler S. 164.

[4] Wieland Z. 68 S. 377.

[5] Andere Formeln des Protesterlasses bei Meyer I S. 312 N. 1; über die fremden Rechte ebendas. u. Trumpler S. 109 ff.

[6] Vgl. v. Canstein S. 323 ff.; Grünhut II S. 44; Beseler II S. 1124; Dernburg S. 227. Vgl. auch unten § 14, sowie oben S 168.

Präsentation und Protestation erzeugt (anders als die Unterlassung der Notifikation) keine positive Verbindlichkeit zum Schadensersatz; eine solche Pflicht müßte durch besonderes Abkommen übernommen werden.

Über die Form des Protestes entscheidet das Gesetz des Ortes, an dem er aufzunehmen ist. (A. 86; Haager Entw. 85, vgl. aber auch Abkommen A. 10.)

In England bedarf es der Protestaufnahme nur bei den vom Inland auf das Ausland oder umgekehrt gezogenen Wechseln (sog. foreign bills), dagegen gar nicht bei den Inlandwechseln; es genügt übrigens die unter Beifügung des Datums und der Initialen vom Notar am Tage der Dishonorierung auf den Wechsel gesetzte sog. Notierung, auf Grund deren später jederzeit ein formeller Protest (mit Zurückdatierung auf das Datum der Notierung) ausgestellt werden kann. In Italien, Luxemburg und etlichen anderen Staaten[1] wird der Protest mangels Zahlung durch eine unter Zustimmung des Wechselinhabers vom Präsentaten (auf dem Wechsel oder in einer Separaturkunde) abgegebene Erklärung (sog. Privatdeklaration) ersetzt.

§ 13. Der Wechselregreß[2].

Der Regreß ist der Rückgriff des Wechselgläubigers gegen die Vormänner (Aussteller und Indossanten) aus der von ihnen übernommenen Garantie für Annahme, Zahlung und fortdauernde Sicherheit des Akzeptanten. Hiernach gibt es drei Hauptarten des Regresses: mangels Annahme, mangels Unsicherheit des Akzeptanten und mangels Zahlung (Regreß im engeren Sinne).

Alle drei Arten des Regresses können sowohl in als außerhalb der Reihenfolge der Indossamente genommen werden, also sowohl per ordinem (Reihenregreß), als auch unter Überspringung beliebiger Wechselschuldner per saltum (Sprungregreß). Übersprungene Vordermänner können nachträglich angegangen werden (jus variandi). Alle Regreßschuldner haften ohne Teilungseinrede, also solidarisch (A. 81, Haager Entw. 56.) Kein Regreß ohne Protest, soweit nicht derselbe erlassen ist.

a) Regreß mangels Annahme. (A. 25—28.)

Voraussetzung ist die durch Protest festgestellte nicht erfolgte oder eingeschränkte Annahme. Ziel ist, wie im älteren Meßwechsel- und im englischen und russischen Recht, auch nach dem Haager Entwurf, die vorzeitige Einlösung unter Abzug der Zwischenzinsen (Zahlungsregreß), in der deutschen Gruppe dagegen nur geeignete Sicherstellung für Zahlung des Wechsels zur Verfallzeit, bei Teilakzept für Zahlung des nicht angenommenen Teils der Wechselsumme, sowie für Kostenersatz gegen Aushändigung des Protestes (Kautionsregreß). Aushändigung des Wechsels selbst ist nicht erforderlich. Frankreich, Belgien, Skandinavien und einige andere Länder[3] lassen dem Inhaber zwischen Kautions- und Zahlungsregreß die Wahl. Die Sicherstellung erfolgt (nach BGB. 232 ff.) durch Pfänder, Bürgen oder Hinterlegung der schuldigen Summe. Diese Kaution haftet nicht nur dem Regredienten, sondern auch allen Nachmännern des Bestellers. Sie muß zurückgegeben werden, wenn der Wechsel nachträglich voll akzeptiert oder bezahlt wird oder seine Wechselkraft (durch Verjährung oder Präjudizierung) verliert, oder falls gegen den Besteller die Regreßklage nicht binnen Jahresfrist vom Verfalltage angestellt wird.

b) Regreß wegen Unsicherheit des Akzeptanten oder des Ausstellers des Eigenwechsels. (A. 29 u. 98 Z. 4.)

Voraussetzung ist außer dem Vorliegen eines der drei Unsicherheitsfälle (Konkurs, Zahlungseinstellung, fruchtlose Zwangsvollstreckung[4]) noch die durch Sekuritätsprotest festgestellte Verweigerung der Kaution seitens des Akzeptanten (resp. Eigenwechselausstellers)

[1] Rumänien, Venezuela, San Marino, Costa Rica. Meyer I S. 349 ff. Trumpler S. 71 u. 165 ff. — Mangels Annahme ist die Privatdeklaration nur in Belgien, Luxemburg und Costa Rica anerkannt.

[2] Über die fremden Rechte vgl. Meyer I S. 461 ff. Trumpler S. 114 ff.

[3] Trumpler S. 89 ff.

[4] In Frankreich und anderwärts nur für den Fall des Konkurses; im engl.-amerik. Recht findet bei Protest „for better security" überhaupt kein Regreß statt.

und im Fall der Notadresse die Nichtannahme seitens der Notadressaten. Ziel des Regresses ist auch hier Sicherheitsbestellung durch die Vormänner. Übrigens kann (nach der Nürnberger Novelle 6) daneben auch Kaution vom Akzeptanten selbst im Wege des Wechselprozesses gefordert werden.

c) Regreß mangels Zahlung. (A. 41 ff. u. 98 Z. 6, Haager Entw. 57 ff.)

Voraussetzung ist die durch rechtzeitigen Protest konstatierte erfolglose Präsentation zur Zahlung bei dem Bezogenen, dem Eigenwechselaussteller resp. dem Domiziliaten; Ziel des Regresses ist die Zahlung der Regreßsumme gegen Aushändigung des unversehrten und unverjährten Wechsels, des Protestes und einer quittierten Retourrechnung. Die Regreßsumme besteht bei dem Regreß des letzten Inhabers außer der nicht gezahlten Wechselsumme noch in 6 Proz. (Haager Entw. 57 5 Proz.) Zinsen seit dem Verfalltage, nebst ⅓ Proz. (Haager Entw. $^1/_4$ Proz.) Provision und Ersatz der Spesen (d. h. Kosten für Protest, Porto und sonstige notwendige und gewöhnliche Auslagen).

Bei dem weiteren Regreß des freiwillig oder auf Klage einlösenden Regressaten (Indossanten) gegen seine eigenen Vormänner (sog. Rembours regreß [2]) besteht sie in der von ihm berichtigten Regreßsumme nebst 6 Proz. (Haager Entw. 58: 5 Proz.) Zinsen dieser ganzen Summe vom Tage der Zahlung, Spesenersatz und ⅓ Proz. (in der Schweiz $^1/_5$ Proz., Haager Entw. $^1/_6$ Proz.) Provision.

Bei Regreßnahme auf ausländische Orte können zulässige höhere Sätze gefordert werden. Über den Gesamtbetrag der Regreßforderung hat der Regreßnehmer die sog. Retourrechnung aufzustellen, die entweder mit dem Protest und quittierten Hauptwechsel dem (weiter unten zu erwähnenden) sog. Rückwechsel beizufügen (Rückwechsel mit Beilagen) oder dem Regressaten direkt zu übersenden ist.

Durch die jedem Regreßnehmer zustehende Provision, Stempelgebühr und Spesen ergibt sich ein „lawinenartiges" Anschwellen der Regreßsumme (Kumulationssystem, Prinzip der mehrfachen Retourrechnung); dagegen lassen Frankreich, Belgien und einige andere Staaten [3] nur den einfachen Regreß zu, so daß für einen Wechsel nur eine Retourberechnung gemacht werden kann.

Ist der Wohnort des Regreßpflichtigen vom Zahlungsorte resp. vom Wohnort des einlösenden Regressaten verschieden, so darf jeder Regredient über seine ganze Regreßsumme, der alsdann noch Mäkler- und Stempelgebühr hinzutreten, entweder einen Sichtwechsel a drittura, d. h. unmittelbar und nicht über andere Plätze hinweg, auf den Regreßpflichtigen ziehen (sog. Rück- oder Gegenwechsel, rechange [4]) oder anstatt dessen die ganze Regreßsumme nach dem Kurse eines solchen Sichtwechsels (vom Zahlort resp. Wohnort des Regreßnehmers auf den Wohnort des Regressaten) im „gemeinen Rückgriff" fordern (System der fingierten Rücktratte). Der Regressat haftet wechselmäßig nicht aus dem Rückwechsel, wohl aber aus dem Hauptwechsel und dessen Beilagen auf Zahlung der Summe des Rückwechsels.

Zur Vorbeugung ist jedem Wechselschuldner, auch dem Akzeptanten, das Recht der freiwilligen Einlösung (jus offerendi) gewährt, d. h. die Befugnis, nach Protesterhebung die Auslieferung des quittierten Wechsels und des Protestes gegen Leistung von Wechselsumme, Zinsen und Kosten zu verlangen (A. 48). Der Einlösende darf nach der Einlösung sein und seiner Nachmänner Indossament durchstreichen, um sich gegen jeden späteren Wechselanspruch zu sichern (A. 55, Haager Entw. A. 60.)

Für die volle Regreßschuld haften auch Akzeptant und Aussteller des Eigenwechsels, sofern sie zur Verfallzeit auf Präsentation nicht gezahlt haben.

[1] In Frankreich nur 5 Proz. und keine Provision. (Dekret v. 29. März 1898 u. Ges. v. 7. April 1900.)

[2] Lehmann S. 692: „weil der Regreßnehmer das Gezahlte dadurch in seine Börse wieder zurückführt." Das franz. u. engl. Recht unterscheidet nicht zwischen Regreß- und Rembours-regreßforderung. Trumpler S. 1171.

[3] Auch einzelne der deutschen Gruppe. Meyer I S. 495.

[4] Viele andere Namen bei Meyer S. 499 N. 1. — Nach franz. Recht braucht der Rückwechsel nicht auf Sicht zu lauten; dagegen Haag. Entw. Art. 63 („nicht domizilierter Sichtwechsel").

§ 14. Die Notanzeige[1] (Notifikation).

Notifikation ist die schriftliche Benachrichtigung des regreßpflichtigen Vormanns von der Nichtzahlung des Wechsels. Im englisch-amerikanischen Recht ist sie Regreßbedingung, und zwar hat sie vom Regreßberechtigten binnen einer angemessenen Frist sämtlichen Vormännern gegenüber zu erfolgen. In Deutschland, dessen System Italien und Skandinavien, aber nicht die Schweiz folgt, ist sie nicht für die ganze Regreßforderung, sondern nur für Zinsen, Provision und Kosten, also für einen relativ recht unerheblichen Teil derselben, zur Bedingung gemacht; abgesehen hiervon begründet ihre Unterlassung, als Verletzung der sog. Diligenzpflicht des Inhabers, (vgl. oben § 12) eine positive Verpflichtung zum Schadensersatz; nur letztere Folge bestimmt der Haager Entw. A. 55.

Die Anzeige ist innerhalb zweier Tage nach Protesterhebung resp. nach dem Empfang der Benachrichtigung vom Protestanten resp. jedem Benachrichtigten an den unmittelbaren Vormann zu richten; fehlt in einem Indossament die Ortsangabe, so ist der nächste Vormann, bei dem ein Ort im Wechsel angegeben ist, zu benachrichtigen. Nach dem Haager Entw. 55 Abs. 3 hat der Inhaber auch noch eine Notifikationspflicht binnen 4 Tagen unmittelbar gegenüber dem Aussteller. Protesterlaß befreit nicht von der Notifikationspflicht. (A. 45 u. 46.) Die Absendung erfolgt auf Gefahr des Adressaten. Es wird vermutet, daß ein an dem fraglichen Tage an den zu Benachrichtigenden abgesandter Brief die Notanzeige enthalten habe.

Rußland (A. 72) verpflichtet nicht den Inhaber, aber den protestierenden Notar, allen Wechselschuldnern, deren Adresse ihm bekannt wird, eine schriftliche Mitteilung zu übersenden; die franz. Novelle v. 24. Dez. 1906 verpflichtet bei Schadensersatz den Protestbeamten, den Aussteller von den Gründen der Zahlungsweigerung in Kenntnis zu setzen; auch in Spanien und einigen amerikanischen Republiken besorgt der Notar die Notifikation; das Haager Abkommen Art. 10 behält die Benachrichtigungspflicht des Protestbeamten der Bestimmung der Vertragsstaaten vor. Das Schweizer Gesetz hat das „lahme“ [2] Institut ganz übergangen.

§ 15. Die Intervention[3].

I. Die Intervention oder Honorierung bezweckt, falls der Wechsel durch Nichtzahlung oder Nichtakzept oder Unsicherheit des Akzeptanten „Not“ leidet, den Regreß abzuschneiden oder abzukürzen. Dies geschieht durch Eintritt einer Person (des Honoranten oder Intervenienten) als subsidiärer Zahler oder (bei der Tratte) als subsidiärer Akzeptant zugunsten eines Regreßschuldners, sei es zugunsten eines Indossanten (per onor di giro), sei es — was im Zweifel anzunehmen — des Trassanten (per onor di lettera). Zu Ehren des Trassaten kann nicht interveniert werden, da er kein Regreßschuldner ist. Derjenige, zu dessen „Ehren“, d. h. in dessen Interesse die subsidiäre Annahme (Ehrenannahme) oder Zahlung (Ehrenzahlung) erfolgt, heißt der Honorat.

Beide Arten der Intervention erfolgen entweder ohne einen wechselmäßigen Auftrag (reine oder ungerufene Intervention, Intervention im engeren Sinne) oder zufolge eines für den Fall der Not im Wechsel selbst stehenden Auftrags eines Wechselschuldners. Dieser Auftrag heißt Notadresse (auch wohl Hilfs- oder Nebenadresse), der Beauftragte Notadressat („le besoin“), der Auftraggeber Notadressant. Die Notadresse lautet gewöhnlich „im Falle bei“ oder „nötigenfalls bei“ (au besoin, à défaut). Sie steht meist als Zusatz unter oder neben der Adresse, kann aber auch auf Kopie oder Allonge stehen. Notadressant kann nur ein Regreßschuldner sein, im Zweifel der Trassant. Notadressat kann jede beliebige Person sein, auch der Trassant, ein Indossant, selbst — was streitig — der Trassat. Die Notadresse muß nach deutschem Recht, um wirksam zu sein, auf den Zahlungs-

[1] Meyer I S. 367 ff. Trumpler S. 111 ff.

[2] Vgl. ZVerglR. IV S. 104 ff. Für die Notifikation dagegen Stranz, Festgabe S. 356 und die Haager Konferenz.

[3] Über die fremden Rechte vgl. Meyer I S. 379 ff. Trumpler S. 121 ff. — Vgl. Haager Entw. Art. 31—34 (Ehrenannahme) u. Art. 68—73 (Ehrenzahlung).

ort des Wechsels lauten[1], was, wenn kein anderer Zahlungsort angegeben ist, angenommen wird.

Jede Intervention setzt Protesterhebung voraus; sie ist entweder im Hauptprotest oder einem Anhange dazu oder in einem besonderen Protest zu beurkunden (Interventionsprotest, auch wohl Kontraprotest im engeren Sinne; vgl. oben S. 173).

II. Die Ehrenannahme erfolgt, wie jede Annahme, schriftlich auf dem Wechsel, meist mit einem Zusatz wie: zu Ehren, per onor, unter Protest, oder S. P. (sopra protesto); der letztere Zusatz ist besonders bei Ehrenannahme ohne Auftrag üblich (vorzugsweise „acceptation S. P." genannt). Das Akzept eines Notadressaten muß der Inhaber zulassen[2], dagegen darf er das Akzept eines nicht durch Notadresse Berufenen unbeschadet seines Kautions-Regreßrechts zurückweisen. Der Ehrenakzeptant muß, bei Schadensersatzpflicht, den Honoraten binnen zwei Tagen unter Übersendung von Haupt- oder Interventionsprotest benachrichtigen. Durch das Ehrenakzept wird der Kautionsregreß der Nachmänner des Honoraten abgeschnitten. Der Ehrenakzeptant selbst erwirbt kein Kautionsregreßrecht. Der Ehrenakzeptant haftet wechselrechtlich, aber nur den Nachmännern des Honoraten und nur unter der Bedingung, daß der Trassat bei Verfall nicht gezahlt hat, daß darüber Protest erhoben worden, und daß ihm spätestens am dritten Werktage nach dem Zahlungstage (Novelle von 1908) der Wechsel mit dem Protest zur Zahlung präsentiert wird. Er hat einen Anspruch auf ⅓ Proz. Provision, und zwar selbst dann, wenn er später gar nicht zur Zahlung gelangt, in letzterem Fall gegen den Zahlenden. (A. 56—61 u. 65.)

III. Die Ehrenzahlung. Sie findet auch beim Eigenwechsel statt. Der mangels Zahlung protestierte Wechsel ist allen Notadressen und Ehrenakzeptanten des Zahlungsorts noch binnen der Protestfrist zur Zahlung vorzulegen, bei Verlust des Regresses gegen den Adressanten resp. Honoraten und dessen Nachmänner; der Erfolg ist im Interventionsprotest zu vermerken. Die Ehrenzahlung muß (im Gegensatz zum Ehrenakzept) von jedermann angenommen werden, bei Verlust des Regresses gegen die Nachmänner des Honoraten. — Unter mehreren zur Ehrenzahlung sich erbietenden Personen hat der Inhaber die Wahl; dagegen verliert der vordringliche Zahler den Regreß wider diejenigen Wechselschuldner, welche durch die verdrängte (bessere) Zahlung eines andern Intervenienten befreit worden wären. — Eine Notifikationspflicht besteht für die Ehrenzahlung in Deutschland nicht[3].

Der Ehrenzahler tritt kraft Gesetzes an die Stelle des von ihm bezahlten Wechselgläubigers gegen Akzeptanten, Honoranten und dessen Vormänner, während die Nachmänner des Honoraten frei werden. (A. 62—64 u. 98 Z. 7.)

§ 16. Aval.

1. Aval ist die Mitunterschrift eines Wechselakts, welche vom Unterzeichner in der Absicht vollzogen wird, sich in gleicher Weise, wie der an erster Stelle Unterschriebene zu verbinden.

2. Der Name kommt nicht von à valoir, sondern nach der herrschenden Meinung von a valle inferiore, weil sie am unteren Rand (in valle h. e. in loco inferiore) zu stehen pflegt; nach Grasshoff von dem arabischen hawâla, das ursprünglich so viel wie Veränderung bedeutete, nach Solmi von avallare (befestigen)[4]. Über den Aval als Vorstufe des Indossaments vgl. oben § 2 Z. 6. Das Institut ist dem englisch-amerikanischen Recht unbekannt (der Avalist gilt als „quasi-indorser"); in der deutschen Wechselordnung ist es fast gar nicht geregelt; eingehender ist es in der französischen Gruppe und einzelnen Ländern der deutschen Gruppe (Ungarn, Rußland, Italien, Japan) und im Haager Entw. 35—37 normiert[5].

[1] Über die Abweichungen der Praxis (Notadressen auf einen anderen Erdteil) vgl. Hecke in LeipzZ. V, 1911, Sp. 736 ff.; über den Platz der Notadresse ebendas. u. Meyer im Bankarchiv X Nr. 11.

[2] Anders in Rußland u. im engl.-amerik. Recht. Vgl. Trumpler S. 122 ff.

[3] Anders in der Schweiz 781 u. verschiedenen anderen Ländern. Trumpler S. 131.

[4] Lehmann S. 657 N. 1.

[5] Meyer I S. 499 ff. Trumpler S. 148 ff.

3. Der Mitunterzeichner heißt: Avalist, Avalgeber, Wechselbürge; der Hauptunterzeichner: der Avalierte oder Avalat, auch wohl Honorat. Avalierbar sind die Unterschriften der Aussteller, Akzeptanten, Ehrenakzeptanten und Indossanten.

4. Gewöhnlich enthält der Aval außer der Unterschrift des Avalisten noch den Vermerk „per aval", „p. a." oder „als Bürge", doch genügt die bloße Namenszeichnung unter, über oder neben dem Namen eines Wechselschuldners, sofern sie nicht erkennbar einen anderen Wechselakt enthält oder durch einen deutlichen Zusatz (z. B. als Zeuge, als Beistand) jede Wechselverpflichtung ausschließt. In der französischen Gruppe und einigen anderen Rechten, wie Portugal und Belgien, ist Aval in besonderer Urkunde statthaft.

5. Der Aval ist nur gültig, wenn auch die avalierte Wechselerklärung formal gültig ist; anderseits braucht sie doch nicht materiell gültig, kann vielmehr wegen Wechselunfähigkeit des Avalierten unverbindlich oder selbst gefälscht sein.

6. Der Avalist haftet als prinzipaler Wechselschuldner wechselmäßig in gleichem Umfang, wie der Avalierte haftet oder bei materieller Gültigkeit seiner Wechselerklärung gehaftet haben würde; der Avalist übernimmt zufolge A. 81 eine eigene, selbständige, kumulative, solidarische Wechselverpflichtung; ausgeschlossen sind die Einrede der Vorausklage und Einreden aus der Person des Avalierten.

7. Wechselmäßige Regreßansprüche stehen den Avalisten nicht zu [1]; durch Einlösung im Regreßwege tritt er nur kraft zivilrechtlicher cessio legis in die Rechte dessen, dem gegenüber er einlöst; BGB. § 774. (Lehmann.) Eines Protestes gegen den Avalierten selbst bedarf es nicht. Untereinander haben mehrere Avalisten zivilrechtlich (§ 426 BGB.) im Zweifel einen Anspruch auf Ausgleichung.

Der Aval enthält oft, doch keineswegs notwendig, zugleich eine zivilrechtliche Verbürgung für den Avalierten. Für Wechselschulden kann auch außerhalb des Wechsels eine nicht-wechselrechtliche Bürgschaft übernommen werden.

Bürgschaften stärkster Form für Wechselschulden (oder andere Schulden) werden im Verkehr von Bürgen häufig „unter ihr Giro genommen", d. h. in die Form des Giros, auch des Akzepts (Avalakzepts) oder der Wechselausstellung eingekleidet. Im Gegensatz zu dieser verdeckten oder verkleideten Bürgschaft [2] (fideiussio palliata) wird der Aval als die eigentliche oder offene Wechselbürgschaft bezeichnet.

§ 17. Die Wechselvervielfältigung.

1. Die Vervielfältigung bezweckt teils die Sicherung gegen den Verlust, der insbesondere durch Versendung eines einzigen Exemplars erwachsen kann, teils die Ermöglichung der Begebung und Zirkulation der Tratte während der Einholung des Akzepts.

Sie erfolgt entweder durch Duplikate, die nur bei der Tratte statthaft und namentlich im zwischenländischen Verkehr alltägliche Erscheinungen und unentbehrlich sind [3], oder durch bloße Abschriften (Wechselkopien). Duplikate sind seit der Mitte des 14. Jahrhunderts nachweisbar. Gefahr des Mißbrauchs ist nicht ausgeschlossen [4].

2. Duplikate sind mehrere genau gleichlautende Originalexemplare von Tratten, die äußerlich durch die Duplikatsklausel als zusammengehörig erkennbar sind. Die Duplikatsklausel lautet in der Regel: Prima, Secunda, Tertia usf. (première, seconde de change); sie muß im Kontext stehen. Fehlt die Klausel, so gilt jedes Originalexemplar (trotz gegenteiliger Absicht des Ausstellers) als ein für sich bestehender oder Solawechsel (im juristischen, nicht kaufmännischen Sinn, vgl. oben § 1) mit selbständigen Wechselverpflichtungen.

[1] Anders in Rußland, Italien, Ungarn; vgl. ZVerglR. IV S. 145 ff. und nach dem Haag. Entw. 37 Abs. 3.

[2] Eine ganz andere Bedeutung gibt Wieland S. 250 diesem Ausdruck; er braucht ihn für die außerhalb des Wechsels erfolgte Verbürgung; das bisher als „verdeckte Wechselbürgschaft" bezeichnete Rechtsgeschäft nennt er „Gefälligkeitsunterzeichnung".

[3] Hecke a. a. O.

[4] Adler, Duplikate und Kopien nach Wechselrecht, 1900. (Sep. Abdr. aus der Allg. Österr. Gerichtszeitung.)

Nur der Trassant kann Duplikate anfertigen. Er ist nur dem Remittenten zur Ausstellung derselben verpflichtet. Ein Indossant kann nur durch Vermittlung seines unmittelbaren Vormannes, der sich wieder an seinen Vormann zu wenden hat, Duplikate erhalten; jeder Vormann hat sein Indossament auf dem Duplikat zu wiederholen.

Durch die Bezahlung eines der mehreren Exemplare verlieren alle übrigen ihre Kraft (Art. 67) und zwar nach deutschem und belgischem Gesetz (und auch nach dem Haager Entw. A. 75) von Rechts wegen, in den meisten Ländern der französischen Gruppe [1] aber nur im Fall der im Duplikat stehenden kassatorischen Klausel (z. B. „gegen diesen Sekundawechsel zahlen Sie, Prima und Tertia nicht"); diese Klausel ist auch in Deutschland üblich, obschon (was Adler bedauert) nicht vorgeschrieben.

Soweit die Identität der Wechselakte reicht, haften auch die Wechselschuldner nur einmal; sind jedoch die mehreren Exemplare von demselben Indossanten an verschiedene Personen indossiert, so haftet der betreffende Indossant seinen Nachmännern aus den mehreren Exemplaren wie aus verschiedenen Wechseln [2].

Der Akzeptant, der wissentlich oder versehentlich mehrere Exemplare akzeptiert und nicht alle bei der Zahlung zurückerhalten hat, haftet gutgläubigen legitimierten Inhabern wie aus verschiedenen Wechseln.

In der Regel wird die Prima zum Akzept versandt. Auf das zur Begebung bestimmte Exemplar (meist die Sekunda) wird der Depositions- (Versendungs- oder Antreffungs-) Vermerk gesetzt, wo das Akzeptexemplar abzuholen ist, meist mit den Worten: „Prima zum Akzept bei N. N." Fehlen dieses Vermerkes nimmt dem Begebungsexemplar nicht die Wechselkraft; der Nehmer darf es als Solawechsel behandeln. Die Rückseite der nicht girierten Exemplare wird oft durchkreuzt (Adler).

Der Verwahrer des Akzeptexemplars, der sog. Korrespondent, ist dem legitimierten Inhaber des andern Exemplars zur Herausgabe, evtl. zum Schadensersatz nach Zivilrecht verpflichtet; der Anspruch erlischt, wenn der Verwahrer vor der Abforderung des Inhabers den Besitz in gutem Glauben aufgegeben hat; nach der Abforderung darf er einer Konterorder des Versenders nicht mehr Folge leisten. — Bei Nichtaushändigung des Akzeptexemplars steht dem Inhaber der Regreßanspruch gegen seine Vormänner nur dann zu, wenn sowohl die verweigerte Herausgabe des Akzeptexemplars als auch die Nichterlangung der Annahme oder Zahlung auf das Begebungsexemplar durch gehörige (doppelte) Protesterhebung festgestellt ist (und zwar einerseits durch sog. Perquisitions- oder Ausfolgungsprotest, anderseits durch Annahme- resp. Zahlungsprotest. (A. 66—69.)

3. Die Wechselkopie kann von jedem Inhaber von Tratte und Eigenwechsel angefertigt werden. Sie muß den Wechsel mit allen Vermerken vollständig wiederholen und mit der sog. Arretierungsklausel („bis hierher Kopie" oder „von hier ab Original") versehen sein. Ein Originalakzept kann die Kopie nicht aufnehmen, dagegen mit voller Rechtswirkung Originalindossamente und Originalavale, auch Quittungsvermerke.

Zur Einholung des Akzepts ist der Originalwechsel selbst zu versenden, während auf die Kopie der Vermerk zu setzen ist, wo sich der zur Annahme versendete Originalwechsel befindet; fehlt der Vermerk, so bleibt doch die Kopie gültig. Der legitimierte Inhaber der Kopie hat Anspruch auf Herausgabe des Originalwechsels, genau wie der Inhaber eines Duplikats. Zum Regreß (mangels Annahme oder Zahlung) bedarf er jedoch nicht, wie jener, eines doppelten Protestes; es genügt vielmehr hier der einfache Protest mangels Herausgabe des verwahrten Originalwechsels; der Regreß geht nur gegen die, deren Originalskriptur sich auf der Kopie befindet. (A. 70—72 u. 98 Z. 8.)

[1] Meyer I S. 548, vgl. jedoch über die franz. Praxis Lyon-Caen S. 276 (bei Trumpler S. 134).

[2] Nach dem Haager Entw. 75 Abs. 2 hat er aber, wenn er die verschiedenen Exemplare an dieselbe Person übertragen hat, Anspruch auf Vorlage sämtlicher Exemplare, widrigenfalls er nur gegen Sicherheitsleistung Zahlung zu leisten braucht. Wieland Z. 68 S. 377.

§ 18. Die Wechselverjährung.

1. Die strengen und oft weitverzweigten Wechselverbindlichkeiten bedürfen einer kurzen Verjährung; insbesondere gilt dies für die Regreßschuldner, zumal dort, wo, wie in Deutschland, die Gesetzgebung das strenge (englische) Notifikationssystem abgelehnt hat.

2. Die Wechselverjährung ist kein Prozeßinstitut, sondern gehört dem materiellen Rechte an; maßgebend ist daher das Gesetz des Erfüllungsorts: für die direkte Schuld (des Akzeptanten oder Eigenwechselausstellers) das Gesetz des Zahlungsorts, für die Regreßschuld das Domizil des einzelnen Regreßpflichtigen. Nach englisch-amerikanischem Recht gilt dagegen die lex fori [1].

3. Die Wechselverjährung ist keine bloße Präklusivfrist (anders in Rußland, Art. 73), sondern eine Unterart der Verjährung. Sie ist, was streitig, nicht von Amts wegen zu berücksichtigen. Ein im voraus geleisteter Verzicht oder eine Verlängerung ist unzulässig, eine Verkürzung dagegen statthaft. Soweit nicht die Wechselordnung Besonderheiten enthält, gelangen §§ 202 ff. BGB. zur Geltung.

4. Die Verjährungsfrist ist in der englischen und französischen Gruppe, sowie in Belgien, Serbien und auch mehreren Ländern der deutschen Gruppe [2] eine einheitliche von sechs resp. fünf, vier oder drei Jahren gegen alle Wechselverpflichteten; jedoch tritt in Frankreich, Belgien, Italien sowie in vielen anderen Staaten zu den Bedingungen des Regreßrechts neben den Protest noch die Anstellung der Regreßklage binnen einer kurzen geographisch abgestuften Präklusivfrist [3] von vierzehn Tagen bis zu zwei Jahren.

Die deutsche Wechselordnung unterscheidet zwischen dem direkten Anspruch und dem Regreßanspruch (A. 77—80); ihr folgen auch hierin Österreich, Ungarn, die Schweiz, Skandinavien, Japan, Bosnien, Bulgarien und Finnland, sowie der Haager Entwurf Art. 82.

Der direkte Anspruch auf Zahlung (gegen Akzeptanten und Eigenwechselaussteller) verjährt in drei Jahren vom wechselmäßigen Verfalltage an (und zwar auch zugunsten der Regreßpflichtigen), in Rußland in fünf Jahren.

Der Regreßanspruch verjährt — je nach der geographischen Zone, in welcher (bei dem Regreß des letzten Inhabers) der Zahlungsort resp. (bei dem Remboursregreß des Indossanten) der Wohnort des Regreßnehmers liegt — in 3, 6 oder 18 Monaten (nach Schweizer Recht in 1, 3 oder 12 Monaten, nach skandinavischer WO. in 6 und 12 Monaten, in Rußland in einem ganzen resp. halben Jahre). Die erste Zone umfaßt Europa mit Ausnahme Islands und der Faröer, die zweite Zone Asiens und Afrikas Küstenländer und Inseln des Mittelländischen und Schwarzen Meeres, die dritte Zone alle übrigen Gebiete; nach Schweizer Recht umfaßt die erste Zone nur die Schweiz, die zweite Zone die sonstigen Länder der ersten und zweiten Zone des deutschen Rechts. In Japan und nach dem Haager Entwurf verjährt der Regreßanspruch, ohne Abstufung nach der Entfernung, in 6 Monaten [4].

Die Regreßverjährung beginnt gegen den letzten Inhaber mit dem Protesttage, gegen einen bereits in Anspruch genommenen Indossanten mit dem Tage seiner Zahlung oder der Behändigung der Regreßklage resp. Ladung.

Der Anspruch gegen den Ehrenakzeptanten verjährt, was freilich sehr bestritten, nicht, wie der des gewöhnlichen Akzeptanten, in drei Jahren, sondern, da es sich um eine Regreßschuld handelt, in drei Monaten [5].

5. Unterbrochen wird die Wechselverjährung im Deutschen Reich (nach Aufhebung des Art. 80 der WO.) in Gemäßheit der §§ 208 und 209 BGB., mithin nicht nur durch Klageerhebung (früher durch Klagebehändigung) und deren fünf Surrogate (Zahlungsbefehlzustellung, Anmeldung im Konkurse, Kompensation im Prozesse, Streitverkündigung und

[1] Meili II S. 356; Späing S. 224 N. 11. Vgl. auch Meyer I S. 658.

[2] Italien, Rumänien, Portugal, Peru, Venezuela, San Salvador. Vgl. Trumpler S. 145 ff.

[3] Grünhut II S. 539 N. 1a u. 546 N. 13. Trumpler S. 120.

[4] Wieland Z. 68 S. 377. Meyer I S. 521.

[5] So J. u. M. Stranz Art. 77 A. 6; Staub-Stranz Art. 60 A. 6, Lehmann S. 702. Meine in der vorigen Auflage ausgesprochene Ansicht kann ich nicht mehr aufrecht erhalten. — A. M. freilich Grünhut, Gareis, Cosack, Staub.

Exekutionsantrag), sondern auch, was freilich bestritten ist, durch jegliche Anerkennung, insbesondere auch durch Abschlags- und Zinszahlung und Sicherheitsleistung. In Österreich und der Schweiz unterbricht Anerkennung nicht; in England reicht sie im Fall der Schriftlichkeit oder der Teilzahlung aus [1]; in Frankreich, Belgien, Italien genügt wohl allgemein jede Art Anerkennung [2]. Konkurseröffnung, Mahnung, Protesterhebung unterbrechen nicht.

Die Unterbrechung der Verjährung dauert im Fall der Klageerhebung, der Streitverkündigung und Kompensation, bis der Prozeß entschieden oder anderweit erledigt ist oder in Stillstand gerät (in diesem Fall endigt sie mit der letzten Prozeßhandlung der Parteien oder des Gerichts); im Fall des Konkurses mit dessen Beendigung. Nach der Unterbrechung beginnt eine neue Verjährung.

Die neue Verjährungsfrist ist dieselbe wie die unterbrochene, in der Schweiz stets eine dreijährige (Art. 807). Der rechtskräftig festgestellte Wechselanspruch unterliegt der allgemeinen Verjährungsfrist von 30, in der Schweiz von 10 Jahren.

Die Unterbrechung wirkt nur für und gegen den, von dem oder dem gegenüber der Unterbrechungsakt vorgenommen ist.

6. Hemmungsgründe sind nach §§ 202 ff. BGB.: Verhinderungen in der Rechtsverfolgung durch Stillstand der Rechtspflege oder höhere Gewalt innerhalb der letzten sechs Monate, Pietätsverhältnis zwischen den Beteiligten und Stundung oder sonstige Berechtigung des Verpflichteten zur vorübergehenden Leistungsverweigerung; doch pflegt Stundung nach Verfall nicht nur Hemmung, sondern auch Unterbrechung herbeizuführen [3].

7. Durch die Verjährung erlischt die wechselmäßige Verbindlichkeit (Art. 83); auch ist der verjährte Wechsel weder Schuldschein noch Anweisung noch kaufmännischer Verpflichtungsschein, sondern höchstens Beweismittel (Staub); dagegen bleibt unter gewissen Voraussetzungen der Bereicherungsanspruch (vgl. unten § 21, III). Nach französischem Recht bleibt der Wechselschuldner nach Ablauf der Verjährungsfrist verpflichtet, zu beschwören, daß er nichts mehr schuldet [4].

§ 19. Die Kraftloserklärung (Amortisation).

Da „gegen" den Wechsel gezahlt werden soll, so nimmt der Verlust des Papiers dem Gläubiger eigentlich jede Möglichkeit der Ausübung seiner wechselrechtlichen Befugnisse. Aus Rücksichten der Billigkeit, um den Schuldner nicht auf Kosten des Gläubigers zu bereichern, gestattet die deutsche Wechselrechtsgruppe die richterliche Kraftloserklärung (Amortisation) des Wechselbriefs. Die Deutsche WO. (A. 73) wird dabei durch RZPO. §§ 947—958 und §§ 1003 ff. ergänzt.

Amortisabel sind alle Arten abhanden gekommener oder vernichteter Wechsel, auch nicht akzeptierte, präjudizierte und verjährte Wechsel, selbst unterschriebene Wechselblankette, insbesondere auch Blankoakzepte. Zum Antrage berechtigt ist der bisherige Inhaber des Wechselbriefs unter Glaubhaftmachung seines Gläubigerrechts und des Verlustes. Zuständig ist das Amtsgericht (in Österreich das Handelsgericht) des Zahlungsorts. Es hat den Wechsel in den Zeitungen aufzubieten und, falls darauf keine Anmeldung erfolgt, durch Ausschlußurteil für kraftlos zu erklären. Die Aufgebotsfrist beträgt sechs Monate, in Österreich 45 Tage, in der Schweiz 3—12 Monate.

Bei Anmeldung von Rechten kann das Gericht entweder die Parteien auf den Rechtsweg verweisen und das Aufgebotsverfahren aussetzen oder unter Vorbehalt der angemeldeten Rechte das Ausschlußurteil auf Kraftloserklärung erlassen. Erfolgt keine Anmeldung, so kann das Gericht dem Antragsteller die eidesstattliche Versicherung abfordern oder andere Ermittlungen anordnen, aber auch ohne Ermittlungen den Wechsel für kraftlos erklären [5].

---

[1] Späing S. 226 N. 17 u. 18. Meyer S. 546.
[2] Späing S. 222 ff. N. 6 u. 7. Grünhut II S. 552 N. 12. Meyer S. 532.
[3] Staub-Stranz Art. 79 A. 20. Über die Hemmungsgründe nach den fremden Rechten vgl. Meyer S. 519, 521, 525, 532, 543 ff.
[4] Trumpler S. 146 (auch in Venezuela).
[5] Cosack S. 280 ff.

Schon nach Einleitung des Aufgebotsverfahrens kann der Gläubiger bei oder nach Verfall Deposition und, wenn er bis zur Amortisation des Wechsels Sicherheit bestellt, sogar Zahlung der Wechselsumme vom Akzeptanten und Eigenwechselaussteller (nicht aber von den Vormännern) fordern.

Durch das Ausschlußurteil wird der aufgebotene Wechselbrief ungültig, selbst wenn er sich in den Händen eines gutgläubigen, legitimierten Inhabers befindet, der ihn ohne Kenntnis der Kraftloserklärung erworben hat. Anderseits wird die Legitimation des Amortisationswerbers (Verlierers) mit dem Ausschlußurteil unanfechtbar; der verlorene Wechselbrief wird als fortexistierend fingiert; das Ausschlußurteil ersetzt ihn.

Der Verlierer kann daher gegen den Akzeptanten, den Eigenwechselaussteller, den Avalisten und — was freilich sehr bestritten — auch gegen die Regreßschuldner auf Grund des Ausschlußurteils die Rechte aus dem Wechsel geltendmachen. Er kann diese Rechte auch weiterzedieren: eine weitere Indossierung ist dagegen unstatthaft.

Das englische, französische und russische Recht kennen die Wechselamortisation nicht [1] und gestatten nur die Geltendmachung des Rechts aus dem verlorenen Wechsel mit richterlicher Ermächtigung und gegen Kaution.

Einige Länder, wie Ungarn, Rußland und die Schweiz (Art. 791) geben dem Verlierer auch das Recht, ein richterliches Zahlungsverbot zu erwirken [2].

§ 20. Wechseleigentum und Wechselvindikation.

In der Regel fällt der Wechselanspruch mit dem Wechseleigentum zusammen, doch sind immerhin seltene Ausnahmen möglich, in denen der Wechselgläubiger das Papiereigentum nicht erwirbt (z. B. bei dem fiduziarischen Indossament oder kraft besonderen Eigentumsvorbehalts; auch als Nießbraucher oder Pfandgläubiger kann der Besitzer des Wechsels Gläubigerrecht ohne Eigentum haben).

Erworben wird der Wechselanspruch und damit [3] (in der Regel) das Wechseleigentum durch jeden gutgläubigen Besitzerwerb und hinzutretende formelle Legitimation (durch geschlossene Girokette, auch Blankoindossament). Es ist weder Tradition, noch Eigentum des Vormanns, noch Echtheit der Indossamente, noch Geschäftsfähigkeit der Indossanten nötig. All dies gilt selbst dann, wenn der Wechsel gestohlen oder verloren war.

Gutgläubiger Besitzerwerb ist vorhanden, wenn dem Erwerber, sei er Indossatar oder Remittent, zur Zeit des Erwerbs weder Bewußtsein der Rechtswidrigkeit noch grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Ausnahmsweise wird der gutgläubige Erwerber nicht geschützt, wenn er den Wechsel von einem Gemeinschuldner nach Eröffnung des Konkursverfahrens erworben hat. (KO. § 7.)

Mit dem redlichen Besitzerwerb des formell Legitimierten erlöschen frühere Eigentums- und sonstige dingliche Rechte am Wechsel, selbst am gestohlenen oder verlorenen.

Die Klage auf Herausgabe des Wechsels (Wechselvindikation) ist keine Wechselklage. Der Kläger hat die Beweislast nicht nur dafür, daß er den Wechsel früher wechselmäßig besessen, sondern auch dafür, daß der Beklagte den Wechsel im bösen Glauben oder mit grober Fahrlässigkeit erworben habe.

An Stelle des Wechsels tritt als Surrogat die deponierte Wechselsumme bzw. der Betrag, den der Verklagte durch Einkassierung oder Weiterbegebung empfangen hat. Das Schweizer OR. Art. 790 spricht letzteres ausdrücklich aus.

[1] Rußland verwirft das Institut, weil die Publikation „bei uns infolge der ungenügenden Verbreitung der Presse in der Masse der Bevölkerung zwecklos geblieben wäre." Amtliche Erläuterungen bei Klibanski S. 65. Meyer S. 579 ff. Trumpler S. 138 ff. — Das Haager Abkommen A. 13 überläßt die Amortisation in der Hauptsache der landesgesetzlichen Regelung; vgl. dazu Wieland S. 365, immerhin aber auch Entw. Art. 80 Abs. 2.

[2] Meyer S. 577 ff.

[3] Es ist streitig, ob der Wechselanspruch das Wechseleigentum oder umgekehrt das Wechseleigentum den Wechselanspruch gibt. Für das erstere Dernburg II, 2 S. 279 N. 4. Endemann, Lehrb. d. bürg. Rechts. 4. Aufl., S. 1218 N. 2.; für das letztere u. a. Staub-Stranz, Einleitung S. 4 Anm. 11, Adler S. 39, Gierke S. 105, 147 u. 116 N. 50, wo auch reiche Literaturnachweise.

Ausgeschlossen ist hiernach die Vindikation gegenüber dem formell Legitimierten, der im guten Glauben und ohne grobe Fahrlässigkeit den Wechsel erworben hat (A. 74[1]); das gilt auch, was man zu Unrecht bestritten hat, gegenüber dem Remittenten.

Für den Ausschluß der Vindikation ist es auch gleichgültig, ob der gutgläubige Inhaber den Wechsel ohne Valuta erworben hat; anders im englischen Recht, dem zufolge nur der gutgläubige, legitimierte und zugleich entgeltliche Erwerber (holder in due course) zum Eigentümer des Wechsels, auch des gestohlenen, wird. Für die Ausschließung des guten Glaubens stellt übrigens England, wie Rußland, die grobe Fahrlässigkeit dem dolus nicht gleich[2].

Der Vindikationsanspruch ist zedierbar.

§ 21. Klagen und Einreden.

I. 1. Wechselklagen sind nur die Klagen des legitimierten Inhabers eines formrichtigen Wechsels gegen Unterzeichner eines Wechselversprechens (Aussteller, Akzeptanten, Indossanten, Avalisten). Sie gehen auf Zahlung oder Sicherstellung und haben die Skripturobligation zur Grundlage; eine Aufdeckung des der Skriptur zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses seitens des Klägers ist nicht erforderlich.

2. Die Wechselklage kann in Deutschland nach Wahl des Klägers entweder im ordentlichen Prozesse oder im Wechselprozesse[3] (ZPrO. §§ 602 ff.) angestellt werden. Letzterer ist eine Art des Urkundenprozesses, von dem er sich wesentlich nur durch die kurze Einlassungsfrist, den Gerichtsstand und die Bezeichnung der Klage unterscheidet[4]. Sämtliche zur Begründung des Anspruchs erheblichen Tatsachen sind durch liquide Urkunden zu begründen; zur Begründung der Einreden sind nur Urkunden und Eid geeignet. Auch im ordentlichen Prozeß unterliegen die Wechselklagen dem ganzen materiellen Wechselrecht. Der Wechselprozeß ist mit der Wechselklage nicht identisch; er ist für die Ansprüche auf Zahlung und (trotz § 592 ZPO.) auch auf Sicherstellung zulässig, aber nur für diese.

Die Vorlegung des Wechsels oder des Amortisationserkenntnisses kann vom Verklagten gefordert werden. Die äußere Formrichtigkeit des Wechsels ist von Amts wegen zu prüfen.

3. Die Wechselklage ist entweder die direkte gegen die Hauptverpflichteten (Akzeptanten, Aussteller des Eigenwechsels und deren Avalisten) oder die Regreßklage gegen die Wechselgaranten (Indossanten, Trassanten, Ehrenakzeptanten und deren Avalisten). Die Regreßklage hat den von Amts wegen auf seine Formrichtigkeit und Rechtsgültigkeit zu prüfenden Protest in der Regel zur Voraussetzung; hierin stand bis zur Protestnovelle der Regreßklage die direkte Klage aus dem domizilierten Wechsel gleich; jetzt bedarf es für letztere des Protestes nicht mehr. (A. 44 u. 99.)

4. Alle Wechselschuldner sind solidarisch verpflichtet; ihre Verpflichtung erstreckt sich auf alles, was der Inhaber wegen Nichterfüllung der Wechselverbindlichkeit zu fordern hat. Die Wechselklage kann wegen der ganzen Forderung gegen alle oder auch nur einen oder einige

[1] Der Schutz des Art. 74 WO. reicht viel weiter, als der Schutz des gutgläubigen Erwerbers von beweglichen Sachen und Inhaberpapieren nach § 932 BGB. und § 366 HGB.; denn der gutgläubige Erwerb des Wechsels heilt alle Mängel des materiellen Erwerbvertrags, insbesondere auch die Mängel der Geschäftsfähigkeit und, was streitig, der Vertretungsmacht des Veräußerers. Vgl. Langen, Kreationstheorie S. 92, Lehmann S. 551 u. 665, Staub-Stranz A. 74 Anm. 3, Adler S. 60 ff., Meyer I S. 605, Cosack S. 229, Rehbein-Mansfeld A. 74 A. 1; a. M. Düringer-Hachenburg 2. Aufl. II S. 590 zu § 365 IV HGB. Jacobi, Wertpapiere S. 72 ff. Vgl. auch Leist, Privatrecht und Kapitalismus S. 133 ff.

[2] Trumpler S. 37, 98 u. 142. Meyer I S. 607, wo auch die Streitfragen des französ. Rechts erörtert sind.

[3] Stein, Der Urkunden- u. Wechselprozeß, 1887. Rehbein-Mansfeld S. 177 ff. und dort Zitierte. Historisch Goldschmidt S. 460, Thöl S. 805 ff., Biener, Wechselrechtl. Abhdl. S. 27, 74 ff., 352, (Liebe), Die DWO., Einleitung S. 33 ff.; vgl. auch oben § 2 Z. 5 Abs. 3.

[4] Über das schottische Verfahren (the summary enforcement of a bill or note, summary diligence) vgl. Chalmers, Explanation S. 65 und Borchardt (bei Heinsheiner, Engl. WO., sect. 98, S. 105 N. 5), sowie Barclay et Dainville, Effets de commerce dans le droit anglais, 1884, S. 190 ff. — Über spanisches Recht (Wechsel samt Protest als exekutorische Urkunden) vgl. Kohler, Prozeßrechtliche Forschungen S. 126. — Über die englische Keating's Act v. 1855 vgl. Loyd S. 15.

der Wechselverpflichteten angestellt werden; bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben alle verpflichtet; es steht in der Wahl des Inhabers, welche Verpflichteten er zuerst in Anspruch nehmen will (Art. 49, 81).

5. Gegen mehrere Wechselverpflichtete kann die Wechselklage nach Wahl des Klägers am Gericht des Zahlungsorts oder auch an jedem Gericht angestellt werden, bei welchem einer der Beklagten seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (§ 603 ZPO.).

II. Der Verklagte kann die Verteidigung durch bloße Negation, besonders durch Bestreitung der Echtheit der Unterschrift, führen; die nicht bestrittene Unterschrift gilt als echt anerkannt; der Kläger kann im Wechselprozeß den Beweis der bestrittenen Echtheit nur durch Urkunde oder Eideszuschiebung führen.

Die Verteidigung durch Einreden ist äußerst beschränkt. Jedem gegenüber wirken nur solche Einreden, welche „aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen"; dazu gehören jedenfalls solche, die sich unmittelbar auf die Normen der Wechselordnung oder der sonstigen Wechselrechtsquellen (vgl. oben § 2 III) gründen, z. B. Wechselunfähigkeit, mangelnde Form, Fälschung, Verjährung, Protestunterlassung, wechselmäßige Quittung, Deposition, Kraftloserklärung, Giro ohne Obligo, unterbrochene Girokette (sog. objektive oder absolute Einreden).

Dagegen wirken die meisten anderen nur persönlich (Einreden, die dem Schuldner „gegen den jedesmaligen Kläger unmittelbar zustehen", Art. 82), d. h. sie wirken nur gegen denjenigen, im Verhältnis zu welchem sie entstanden sind. Zu diesen nur persönlichen oder relativen (subjektiven) Einreden gehören u. a. Zahlung resp. Zahlungssurrogat ohne wechselmäßige Quittung, Kompensation, Kontokorrent, Stundung, Erlaß, Gefälligkeitszeichnung, mangelnde Valuta, Willensmängel (Simulation, Irrtum, Betrug, Furcht), Einreden aus dem zugrunde liegenden Geschäfte[1], wie Wucher, Spiel, Differenzgeschäft. Auch hier ist vieles streitig[2].

Diese persönlichen Einreden versagen gegenüber dem gutgläubigen Indossatar, dem der gutgläubige Erwerber durch Blankotradition gleichsteht; denn diese erwerben nicht abgeleitete, sondern selbständige Rechte gegen den Wechselschuldner, der durch seine Unterschrift die skripturmäßige Leistung kraft der ausdrücklichen oder gesetzlich subintelligierten Orderklausel auch ihnen direkt versprochen hat. Dagegen wirken sie gegenüber einem etwaigen zivilrechtlichen Nachfolger (Zessionar und Erben), auch gegen wechselrechtliche anomale Rechtsnachfolger, insbesondere gegen fiduziarische, nachprotestliche und bösgläubige Erwerber. Bösgläubigkeit liegt, was freilich umstritten, nicht schon dann vor, wenn der Inhaber den Wechsel in Kenntnis des Bestehens der Einrede aus der Person seines Vormanns erwarb, sondern nur dann, wenn er sich auch dessen bewußt war, daß der Wechselschuldner durch die Abschneidung der Einrede geschädigt werden sollte (Kollusion, exceptio doli).

Diese Abschneidung der Einreden aus der Person des Vormanns gegen gutgläubige Inhaber findet sich auch im französischen und englischen Wechselrecht[3]. Sie bildet die materielle Wechselstrenge (doch wird oft auch die Solidarität der Wechselschuldner unter diesem Namen mitverstanden[4]). Jene Abschneidung ist „die Seele des Wechselrechts" (Wieland), „la règle la plus dure et la plus importante de toutes" (Thaller). Sie befähigt den Wechsel zum Zahlmittel, gefährdet freilich in hohem Maße den Wechselschuldner, der auf die Wechselklage sofort zahlen muß und sich nur durch zivilrechtliche Klagen (condictio, actio doli) vom Indossanten Ersatz verschaffen kann. Es bedarf aber „dieser Härte, wenn der Wechsel selbst so hart werden soll, wie Gold und Silber" (Munzinger[5]).

Zur materiellen Wechselstrenge tritt im eigentlichen Wechselprozeß noch die formelle oder prozessuale. Sie besteht jetzt in der kurzen Einlassungsfrist, in der Ausschließung von Widerklage, Editionsgesuch, Handschriftenvergleichung und Zeugenbeweis (unter Vorbehalt der Ausführung der Rechte des Beklagten in einem nachfolgenden ordentlichen Ver-

[1] Vgl. besonders Langen, Kreationstheorie S. 141 ff.

[2] Vgl. die Kommentare zu A. 82, sowie Cosack S. 227 u. 252 ff. K. Lehmann S. 697 ff.

[3] Trumpler S. 152 ff. Thaller, Traité él. d. dr. comm. Nr. 1287 Z. 5.

[4] K. Lehmann S. 591 versteht unter materieller Wechselstrenge die Garantiefunktion des Indossaments; vgl. jedoch Grünhut I S. 2 N. 2; oben § 1.

[5] Vgl. auch schon die Entscheid. d. Leipz. Fakultät v. 1764 (bei Alex. Leist S. 102). Vgl. oben S. 152 A 3 u. S 165.

fahren)[1], sowie in der vorläufigen Vollstreckbarkeit, früher auch im Personalarrest; die Exekution selbst hat in Wechselsachen nach deutschem Recht nichts besonderes mehr[2]. In der Schweiz (Art. 812) soll der Richter überdies den Beweis unglaubwürdiger Einreden ganz ablehnen und sofort vorläufige Exekution, nötigenfalls gegen Kautionsauflage, verfügen[3].

III. Keine Wechselklage ist:

a) obwohl dies bestritten, die wechselrechtliche Bereicherungsklage[4]. Der mit ihr verfolgte Anspruch ist zwar ein Residuum des Wechselanspruchs und wird allerdings auch in seinen Voraussetzungen durch A. 83 WO. genau geregelt, aber doch nicht, wie Staub-Stranz annimmt, lediglich durch Art. 83 geschaffen; er entspringt vielmehr weder aus der Wechselordnung, noch aus dem Wechsel selbst, sondern aus dem unterliegenden zivilrechtlichen Valuten- und Deckungsverhältnis[5]. Er steht dem legitimierten Inhaber eines gültigen, aber verjährten oder durch Versäumung der Protesterhebung erloschenen (präjudizierten) Wechsels zu, und zwar nach DWO. Art. 83 u. 98 Z. 10 nur gegen Akzeptanten und Aussteller, insbesondere nicht gegen Indossanten, Trassanten, Domiziliaten, Avalisten und Ehrenakzeptanten; nach Schweizer ObIR. Art. 813 u. 827 dagegen auch gegen den ersten Indossanten des Eigenwechsels, sowie gegen Trassaten, Domiziliaten und Kommittenten. Gegen die Indossanten kann die Bereicherungsklage auch in der Schweiz nicht angestellt werden; gegen jeden Wechselschuldner dagegen in Rußland und Finnland[6]. Sie geht nur auf den Betrag, um den sich der Verklagte mit dem Schaden des Inhabers infolge der Präjudizierung oder Verjährung bereichern würde; beide Begriffe des Schadens und der Bereicherung sind umstritten. Ersparnis der Deckung oder der Regreßsumme ist noch keine Bereicherung des Trassanten; positive Bereicherung liegt für ihn vielmehr nur insoweit vor, als er Valuta empfangen, Deckung dagegen nicht oder nicht voll gegeben oder die gemachte Deckung wieder zurückempfangen hat. Eine Bereicherung des Akzeptanten liegt insoweit vor, als er Deckung empfangen, Zahlung aber nicht geleistet hat, es sei denn, daß er zur Herausgabe der Deckung an den Trassanten verpflichtet ist. Bereicherung des Ausstellers des Eigenwechsels liegt im Empfange der Valuta vom Remittenten ohne Zahlungsleistung. Kläger hat das dem Wechsel unterliegende Verhältnis aufzudecken und das Vorhandensein der Bereicherung zu beweisen. Als Schaden des Inhabers erscheint bis zum Beweise des Gegenteils der Verlust des wechselmäßigen Anspruchs. Diese Klage verjährt erst nach 30 (in der Schweiz 10) Jahren. Dem englischen Recht ist diese Bereicherungsklage ganz unbekannt. Der Haager Entwurf regelt sie nicht.

b) die Klage aus dem Wechselschluß, d. h. aus der Vereinbarung über Herstellung eines Wechselskripturakts gegen Gegenleistung.

Diese Klage geht auf Lieferung des zugesagten Wechselbriefs bzw. auf die Gegenleistung (Valuta), zuweilen auch auf Provision. Der Wechselgeber hat, sofern nichts anderes bedungen ist, nach seiner Wahl entweder einen neuen, von ihm ausgestellten Wechsel zu geben (Wechsel von der Hand) oder einen von einem anderen ausgestellten Wechsel (gemachtes Papier) zu indossieren.

Die Klage aus dem Wechselschluß konnte früher (partikulargesetzlich) im Wechselprozeß geltend gemacht werden. — Hat ein Teil später als der andere zu erfüllen, so erfolgt oft zur Sicherung des Vorleistenden die Ausstellung eines Interims scheins, durch den Wechselnehmer zuweilen in Form eines Interimswechsels über die Valuta.

[1] Über die Verweisung ad separatum vgl. historisch Wetzell, Syst. d. ord. Zivilprozesses, 1878, S. 560 N. 50 und die dort Zitierten (Briegleb, Bayer, Thöl § 335 a. E.).

[2] Rehbein S. 203 N. 14. — Anders in der Schweiz; vgl. über die Wechselbetreibung das Schweiz. BGes. betr. Schuldbeitreibung u. Konkurs v. 11. April 1889 Art. 177 ff.

[3] Vgl. C. Jäger, Komm. zum Schweiz. Ges. betr. Schuldbeitr. u. Konk., 3. Aufl., 1911, I S. 579 ff. zu Art. 182.

[4] A. M. Cosack S. 243, K. Lehmann S. 701 N. 2, Staub-Stranz A. 83 Anm. 1; vgl. aber Pappenheim Z. f. HR. 44 S. 612, Rehbein-Mansfeld A. 83 N. 1 u. 9, Wieland S. 46 ff., Meyer II S. 98.

[5] A. M. neuestens Dietscher, Die rechtliche Natur der Wechselbereicherungsklage in Z. f. HR. 65 S. 352 ff.; vgl. besonders S. 403 ff.

[6] Über die fremden Rechte vgl. Meyer I S. 162 ff. u. II S. 98. Trumpler S. 153.

c) die Klage aus dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis. Sie steht dem Inhaber eines dishonorierten Wechsels zu, der ihn zur Begleichung einer bestehenden Schuld zahlungshalber (salvo incasso [1]) erhalten und ohne eigenes Verschulden bei der Eintreibung der Wechselforderung keine Zahlung gefunden hat. Die Klage geht nur gegen den Wechselgeber selbst und erfolgt nur gegen Herausgabe des nicht präjudizierten Wechsels.

Diese Klage ist ausgeschlossen, wenn der Wechsel unbedingt an Zahlungs Statt oder mit der Absicht unbedingter Novation gegeben worden; im Zweifel ist aber nicht dies, sondern Hingabe zahlungshalber (als Zahlungsversuch) anzunehmen.

d) die Revalierungsklage (vgl. oben § 8 I, 5);

e) die Klage auf Herausgabe (vgl. oben § 20);

f) auf Schadensersatz wegen unterlassener Notifikation (vgl. oben § 14);

g) auf Provision des nicht zur Zahlung gelangten Ehrenakzeptanten (kontrovers) (vgl. oben § 15);

h) auf Ausstellung eines Duplikats (vgl. oben § 17);

i) auf Herausgabe des Originals oder des Akzeptexemplars (vgl. oben § 17).

§ 22. Die Wechseltheorie [2].

1. Nach der älteren Theorie galt das Wechselgeschäft als aus verschiedenen Verträgen zusammengesetzt (negotium e variis contractibus conflatum), und zwar aus einem Mandatsvertrage zwischen Trassanten und Trassaten, aus einem constitutum zwischen Präsentanten und Akzeptanten und aus dem eigentlichen Wechselkontrakt zwischen Trassanten und Remittenten. Diesen eigentlichen Wechselkontrakt konstruierte man romanisierend höchst verschiedenartig, zunächst als Tausch (permutatio pecuniae absentis et futurae pro pecunia praesenti), dann als Summenkauf, Dienstmiete, Darlehn, Mandat, Depositum, Innominatkontrakt, meist aber als einen kaufähnlichen Konsensualvertrag über Zustellung einer Geldsumme am anderen Orte gegen eine Gegenleistung; hierbei galt der Wechselbrief nur als das übliche, aber nicht unerläßliche [3] Erfüllungs- und Beweismittel des durch die Willensübereinstimmung perfekt gewordenen Vertrages. Diese letztere Theorie der Italiener wurde in Frankreich bis vor kurzer Zeit festgehalten.

2. Nach der gesetzlichen Anerkennung des Indossaments verlegte man in Deutschland (Gryphiander [1662], Leyser [1723] und Heineccius [1742]) dagegen den Rechtsgrund in den Wechselbrief selbst, durch dessen bloße Übergabe die von der causa und Gegenleistung des Remittenten unabhängige, einseitige Verpflichtung des Trassanten entstehe (Theorie des Literalvertrages oder Chirographarkontrakts); der alte kaufähnliche Konsensualvertrag sank damit zu einem bloßen Vorvertrage (pactum de cambiando, Wechselschluß) herab; auch für das Akzept wurde die Schrift als allein verpflichtend erklärt.

3. Püttmann (1784) und andere fanden die Eigentümlichkeit des Wechsels in der Wechselstrenge oder in einem Nebenvertrage, durch welchen sich der aus irgendeinem Obligationsgrunde Verpflichtete der prozessualen Wechselstrenge, namentlich der Personalhaft unterwarf. Diese Theorie fand ins Preußische Landrecht Eingang.

4. Nachdem schon Schmalz (1805) und andere den Wechsel als Repräsentanten des klingenden Geldes bezeichnet hatten, lehrte Einert (1839), daß es eigentlich gar keinen Wechselkontrakt gäbe; die Wechselverpflichtung beruhe vielmehr auf einem dem Gesamtpublikum schriftlich erteilten, einseitigen, abstrakten Zahlungsversprechen, Einlösungsversprechen des Ausstellers, das jeder rechtmäßige Besitzer des Papiers auf

[1] Cohn in Endemann, Handbuch des Handelsrechts III § 449 N. 52 u. 64 a.

[2] Ich folge hauptsächlich Grünhut I S. 237 ff. u. 266 ff. Vgl. auch Kunze in Endemanns Handbuch IV S. 47 ff. H. O. Lehmann S. 602 ff. Gierke, D. Priv. R. II S. 108 u. 145 ff. Langen, Die Kreationstheorie im heutigen Reichsrechte, 1906. Jacobi, Die Wertpapiere im Bürg. Recht des D. Reiches, 1901, u. Das Wertpapier als Legitimationsmittel, 1906. Cosack S. 226 u. 232 ff. Dertmann, Kommentar z. BGB., 3. u. 4. Aufl., 1910, Vorbemerkung zu § 793 ff. S. 991 ff.

[3] Vgl. oben § 7 N. 5 (Scaccia, Raph. de Turri).

sich beziehen könne (Theorie des einseitigen Literalaktes); der Wechsel sei ein auf dem Kredit von Privaten unter der Einlösungsgarantie des Ausstellers umlaufendes Papiergeld der Kaufleute; dies abstrakte Zahlungsversprechen werde durch die persönlichen Zwischenverhältnisse der Inhaber, durch deren Hände der Wechsel geht, nicht berührt; daher seien alle nicht aus dem Papier ersichtliche Einreden, die gegen frühere Inhaber bestanden, ausgeschlossen. Diese Theorie wurde trotz der juristisch unzutreffenden Gleichstellung von Wechsel und Papiergeld bahnbrechend.

5. An sie und an die römische Stipulation anknüpfend schuf Liebe unter Betonung der rein formalen Natur und der Unabhängigkeit des Wechselversprechens von der materiellen causa die Theorie des (einseitigen?) Formalakts.

6. Im Anschluß hieran führte Thöl scharf zivilistisch aus, daß der Wechsel ein abstraktes Summenversprechen, d. h. von den unterliegenden Verhältnissen losgerissen sei. Anderseits aber machte er mit besonderem Nachdruck, im Gegensatz zu Einert, den Vertragscharakter der Wechselverpflichtung geltend; dieser eigentliche Wechselvertrag gehe nicht der Skriptur voran, sondern folge ihr nach; er sei ein abstrakter Formalvertrag, und zwar werde er durch das Geben und Nehmen des Wechsels (Begebung) geschlossen; er sei einseitig: nur der Wechselgeber (Aussteller, auch Indossant, Avalist und Akzeptant) werde verpflichtet, und zwar auch jedem späteren Wechselnehmer so, als ob er ihm unmittelbar das Summenversprechen gegeben hätte; der Wechselnehmer werde dagegen nicht verpflichtet, sondern nur (bedingt) berechtigt. Dieser Begebungsvertragstheorie haben sich (eng oder frei) zahlreiche deutsche Juristen [1] und Gerichtshöfe, wiederholt auch das Reichsgericht [2] angeschlossen. Im einzelnen divergieren sie freilich vielfach. So betrachten sie als Gegenkontrahenten des Ausstellers teils eine incerta persona, teils den Präsentanten [3], teils den ersten rechtmäßigen Erwerber des Papiers [4], zumeist aber den Remittenten, der den Vertrag dann mit den späteren Inhabern als Bote, Mandatar oder Delegant vermittele resp. den Vertrag mit dem Aussteller zugunsten Dritter oder zu eigenen Gunsten und zugunsten Dritter abschließe. Manche verlangen, daß durch das Geben und Nehmen das Eigentum übertragen werde, andere begnügen sich mit Besitzübertragung; einzelne nehmen mehrere Verträge, viele nur einen Vertrag an.

7. Den Vertragscharakter bekämpft dagegen (unter Wiederanknüpfung an Einert und an Gedanken Sachses und Bekkers) energisch die von Kuntze (1857) geschaffene und von zahlreichen neueren Schriftstellern [5] in verschiedener Graduierung (für Inhaber- und Orderpapiere) angenommene Theorie des einseitigen Akts (Kreationstheorie): „Der Aussteller des Papiers ist der einseitige Schöpfer des nomen"; „der Nehmer .. ist Empfänger, nicht aber Mitschöpfer desselben, wenn es auch in seiner Person zuerst zur Perfektion gelangt." Geben und Nehmen des Papiers ist zwar üblich, doch besteht — ohne Begebung — schon zuvor die Wechselverbindlichkeit des Ausstellers resp. Indossanten, Avalisten und Akzeptanten. Nur diese Annahme des einseitigen Akts erklärt ungezwungen das vom Verkehrsinteresse erforderte Wechselrecht des späteren redlichen Wechselerwerbers in einer Reihe von Fällen, in denen ein Vertrag des Ausstellers offenbar nicht vorhanden ist, so, wenn der Remittent geschäftsunfähig, oder wenn der Wechsel dem Aussteller gestohlen oder verloren gegangen oder nach seinem Tode in den Verkehr gebracht worden ist.

Diese Theorie erscheint, von Einert selbst abgesehen, in folgenden vier Hauptgestaltungen:

[1] Bernstein, G. Binding, Bluntschli, Brunner, Dahn, Franken, Gareis, Gerber, Gierke, Goldschmidt, Hartmann, Hübner, Jacobi, Ladenburg, K. Lehmann, Pappenheim, Renaud, Rießer, Sohm, Stranz.

[2] Vgl. jedoch auch RG. 9 S. 56 bezüglich des Akzepts.

[3] Sog. Pendenztheorie (Jhering, Förster, Rießer).

[4] Gierke in Z. f. HR. 29 S. 258 u. DPrR. II S. 114. Pappenheim in Z. f. HR. 33 S. 448.

[5] So Carlin, v. Canstein, Cosack, Crome, Dernburg, Endemann, Enneccerus, Gengler, Grawein, Grünhut, Jhering, Jolly, Kohler, Langen, H. C. Lehmann, Randa, Rehbein, Schmidt, Siegel, Staub, Stobbe, Unger, Volkmar u. Loewy, Windscheid.

a) als Perſonifikationstheorie: die bloße Unterſchrift genügt; der Wechſel iſt der Gläubiger (Bekker, Volkmann und Loewy). Der Wechſel iſt aber nicht Rechtsſubjekt, ſondern Rechtsobjekt; überdies müßten nach jener Theorie auch alle Einreden aus dem perſönlichen Verhältnis des Wechſelſchuldners zum klagenden Wechſelgläubiger ausgeſchloſſen ſein, was ganz und gar nicht der Fall iſt;

b) als Erwerbs- (Beſitz-) oder ſog. reine (ſtrenge) Kreationstheorie: es bedarf außer der Skriptur nur noch der Erwerbshandlung (Nehmens) des Wechſels ſeitens eines formell Legitimierten (Kuntze). Nach dieſer Theorie iſt auch der unredliche Beſitzer, ſelbſt der Dieb Wechſelgläubiger, und es iſt ſeine Abweiſung erſt durch eine vom Ausſteller zu beweiſende Einrede (exceptio doli) zu erzielen. Dieſen Umweg vermeidet die dritte Geſtaltung;

c) als Redlichkeitstheorie: es bedarf außer der Skriptur noch des gutgläubigen Beſitzerwerbs ſeitens eines formell Legitimierten (Bluntſchli bez. des Inhaberpapiers, Grünhut bez. des Wechſels, denen wir uns anſchließen);

d) als Emiſſionstheorie: es bedarf außer der Skriptur und außer der Erwerbshandlung noch eines freiwilligen Aufgebens der Detention, m. a. W. einer Entäußerungshandlung, durch welche der Ausſteller Beſitz (Jolly, Stobbe, Windſcheid) aufgibt; dieſe Entäußerungshandlung kann zweiſeitig (Tradition) oder auch nur einſeitig (Dereliktion ſein; nach H. O. Lehmann muß noch Eigentumserwerb am Papier hinzutreten. Nach dieſer Theorie bliebe der dem Ausſteller geſtohlene oder verlorene Wechſel auch in den Händen des dritten redlichen Erwerbers wirkungslos.

Es fehlt auch nicht an Konſtruktionen, die Vertrags- und Kreationstheorie kumulieren oder für die verſchiedenen Wechſelakte (Ausſtellung und Giro einerſeits, Akzept und Aval andererſeits) die eine reſp. die andere zur Anwendung bringen[1]. Selbſt auf ein Verſchulden hat man die Wechſelobligation zurückzuführen verſucht (Schloßmann).

Während die deutſche WO. zur Frage der Wechſeltheorien (vom Akzept abgeſehen, vgl. oben § 10 vor N. 8) keine unzweideutige Stellung genommen hat, hat das BGB. nicht nur bezüglich der Quittungen (§ 370) die Kreationstheorie anerkannt, ſondern auch bezüglich der Schuldverſchreibungen auf den Inhaber nach der „weitaus herrſchenden Meinung“[2] die Begebungs- und auch die Emiſſionstheorie ausdrücklich verworfen (§ 794) und durch § 793 die Redlichkeitstheorie ſanktioniert. „Gleiches muß auch für den Wechſel angenommen werden. Es wäre zwecklos, wenn die Gegner den Kampf noch fortſetzen wollten“ (Dernburg S. 238). Daran vermag auch die Bezugnahme von H. O. Lehmann[3] auf das Recht der Anweiſung (BGB. § 783) nichts zu ändern; denn bei dem Eigenwechſel verſagt die Analogie ganz, während bei der Tratte die Unterſchiede die Ähnlichkeiten bei weitem überwiegen, der Blankowechſel aber dem Inhaberpapier ganz nahekommt. Auch die gleichfalls herangezogenen §§ 1187 u. 1188 dürften nicht entſcheiden[4].

8. Die engliſche Act s. 21 und ruſſiſche WO. Art. 15 und 89 haben die Kreationstheorie ausdrücklich abgelehnt, indem ſie erſt mit der delivery reſp. Aushändigung die Verbindlichkeit des Ausſtellers entſtehen laſſen; immerhin präſumieren ſie die richtige Übergabe unter gewiſſen Vorausſetzungen. Ebenſo das amerikaniſche Negotiable Instr. Law § 35.

9. Die franzöſiſche Theorie ſteht zumeiſt auf dem alten Boden des Kaufs oder kaufähnlichen Konſenſualvertrags oder ſieht im Wechſel einen contrat de transport fictif d'argent oder eine Schuldurkunde über das Kauſalverhältnis (reconnaissance de dette[5]). Thaller erklärte früher den Wechſel als eine ſolenne ſchriftliche Zeſſion einer nicht abſtrakten Geldforderung (Übertragung der Deckung mit Garantie aller Zedenten und ſtrengen Säumnis-

[1] Vgl. K. Lehmann S. 608 u. 609 N. 1; bezüglich des Reichsgerichts vgl. oben zu dieſem Paragraph die 4. Note.

[2] A. M. freilich Cordes, Eck, Gierke, Jacobi und Herbert Meyer; vgl. Endemann, Bürg. R. I S. 1224 N. 32, Planck, Komm. zu § 793 A. 2, Düringer-Hachenburg, 2. Aufl., II S. 627, beſonders Langen S. 1 ff. u. Oertmann, Komm. vor § 793 N. 5.

[3] Deutſche Juriſten-Zeitung V S. 170 ff., 1901.

[4] Vgl. Langen S. 96 ff.

[5] Wieland S. 126.

folgen); jetzt definiert er: „La lettre de change est un titre, pourvu de la rigueur d'exécution de change, constatant un ordre de délégation de somme donné à un tiers, et délivré au bénéficiaire de cette obligation“ [1].

§ 23. Der Scheck.

I. Begriff: Der Scheck ist nach dem Rechte Englands, der Vereinigten Staaten, Australiens und Costa Ricas eine Unterart des Sichtwechsels, nämlich ein auf einen Bankier gezogener, auf Anfordern zahlbarer Wechsel. Nach allen übrigen Rechten ist er dagegen kein Wechsel — in den Ländern der deutschen Wechselgruppe schon wegen des Fehlens der Wechselklausel —, vielmehr eine Art der Anweisung, deren Wesen von Land zu Land verschieden ist, und auf welche in den meisten Gebieten eine Reihe wechselrechtlicher Bestimmungen für anwendbar erklärt sind.

In der Regel pflegt der Scheck eine formularmäßige Bankdepotsichtanweisung zu sein, d. h. eine Urkunde, mittels deren der Aussteller (der Bankkunde, engl. customer) seinen Bankier, bei dem er Geld deponiert hat, anweist, gegen Aushändigung des Papiers bei Sicht eine bestimmte Geldsumme zu zahlen. Diese Urkunde wird üblicherweise auf ein Formular (Blankett) gesetzt, welches der Aussteller einem von dem Bankier übergebenen Hefte (Scheckbuch, Talonsbuch, chéquier, carnet de chèques, livre de souches, check-book) entnimmt. Auch pflegt die Urkunde sich selbst als Scheck zu bezeichnen.

Unerläßlich ist aber weder die Bankiers eigenschaft (denn der Scheck kann in Frankreich [2], Belgien, Bulgarien, der Schweiz, Spanien und Rumänien auf jedermann, in Italien, Portugal, Peru, Mexiko, Bolivia, San Salvador und Venezuela auf jeden Kaufmann, in Holland und Malta auf einen Kassierer gezogen werden), noch das Erfordernis des Depots (denn das englische Recht und seine Tochterrechte gestatten Schecks auch ohne Depot auf Kredit zu ziehen, während freilich die französische Rechtsgruppe ein Depot oder doch eine sonstige ausreichende Deckung (provision préalable et disponible) für unerläßlich erklärt), noch die Sichtstellung (denn Italien, Portugal, Rumänien und Venezuela erkennen — freilich im Gegensatz zu den übrigen Ländern — auch Nichtsichtschecks gesetzlich an), noch die Benutzung eines Blanketts (denn nur Argentinien, Mexiko, wohl auch Peru und das österreichische und russische Stempelgesetz schreiben sie vor), noch endlich die Selbstbezeichnung (denn nur in Deutschland, Österreich, Ungarn, Bulgarien, der Schweiz, Skandinavien und Japan ist sie obligatorisch, nicht aber in den Ländern des französischen und englischen Scheckrechts).

In der Gesetzgebung der deutschen Gruppe findet sich keine gesetzliche Begriffsbestimmung.

Für eine allgemeine juristische (nicht bloß wirtschaftliche oder territoriale) Begriffsbestimmung ergibt sich die Notwendigkeit, das den verschiedenen Gesetzgebungen zugrunde liegende gemeinschaftliche Kriterium aufzusuchen, welches den Scheck von den übrigen Anweisungen unterscheidet. Als ein solches Merkmal erscheint, obwohl dies bestritten ist, die dem Aussteller erteilte Ermächtigung des Bezogenen, Schecks auf ihn zu ziehen; diese Ermächtigung fordert das HGB. von Mexiko in Art. 554 Nr. 2 zur Gültigkeit des Schecks sogar ausdrücklich [3]. Der Scheck ist sonach eine schriftliche Anweisung, die auf Grund einer Ermächtigung des Bezogenen ausgestellt ist oder doch mit der Behauptung auftritt, auf Grund einer solchen Ermächtigung ausgestellt zu sein.

Die Ermächtigung wird in einem Scheckvertrage (convention préalable) erteilt; dieser bedarf keiner Form; sein Abschluß kann auch aus konkludenten Tatsachen (z. B. der Ein-

---

[1] Thaller, Traité élémentaire de dr. comm., 4ème édit., 1910 Nr. 1294. Vgl. auch ebendas. Nr. 1292 „Elle a donc sa cause dans l'acte juridique primordial intervenu entre les parties, et non pas sa »cause en soi«“ und desselben Verfassers Aufsatz „De la nature juridique du titre de credit“ in seinen Annales de dr. comm. XXI p. 1 ff.

Vgl. noch oben §§ 8 u. 9. — Über das internationale Wechselrecht vgl. oben §§ 6, 7, F. 12, 18 Z. 2.

[2] Trotz der Novelle v. 30. Dez. 1911; denn sie erfordert die Bankierseigenschaft nur für den chèque barré, nicht für den chèque simple; vgl. Bankarchiv XI Nr. 17.

[3] Trumpler S. 202.

lösung unermächtigt gezogener Schecks) gefolgert werden. Meist aber wird er schriftlich und unter Übergabe des Scheckbuchs geschlossen; er tritt oft als Nebenabrede einem Deposital-Krediteröffnungs- oder Kontokorrentvertrage hinzu. Der Scheckvertrag bestimmt die Art und die Grenzen der Scheckziehung; im Zweifel kann der Aussteller über sein ganzes Depot oder sonstiges Guthaben Schecks ziehen, und zwar in beliebigen Raten (Zerstücklungsbefugnis). Erhaltung einer unangreifbaren Reserve (a good balance) oder Überschreitung des Guthabens (Überziehung, Ziehung auf Kredit) muß vereinbart sein.

II. Nutzen. Der Scheckverkehr ist für die Privat- und Volkswirtschaft von hohem Nutzen. „Der Inhaber eines Scheckkontos braucht nur die für den Kleinverkehr täglich nötigen Münzen zu Hause zu halten. Die Sorge für die Aufbewahrung und Verwaltung der größeren Bestände nimmt ihm die sein Konto führende Bank ab. Er ist keiner der Gefahren ausgesetzt, die mit der Übernahme, Übergabe und Aufbewahrung von Geldsummen verknüpft sind (wie Irrtum, Betrug, Unterschlagung, Diebstahl, Feuersgefahr). Die noch höhere Bedeutung dieses Systems liegt aber darin, daß bei der Begleichung von Zahlungsverbindlichkeiten die baren Gelder aus den Privatkassen der Inhaber eines Scheckkontos herausgeholt und zur Verwertung für den Geldumlauf nutzbar gemacht werden. Das Geld bleibt somit dem Verkehr erhalten.“ [1] Noch nützlicher wird der Scheckverkehr für die Allgemeinheit durch seine Verbindung mit dem Abrechnungs- und Giroverkehr. — Der Scheck ist Zahlungsmittel, weder Umlaufs- noch Kreditmittel[2].

III. Geschichtliches. Es fehlt nicht an Versuchen, wie dem Wechsel auch dem Scheck ein sehr hohes Alter zuzuschreiben [3]; sichere Beweise ließen sich für Geldschecks wenigstens bisher nicht erbringen [4]. Nur als Vorläufer kann man die im 13., 14. und 15. Jahrhundert vielfach als Zahlung gegebenen Anweisungen und Quittungen der öffentlichen Machthaber (englischer, sizilianischer und deutscher Könige, Fürsten, Städte [5]) auf ihre Schuldner und Schatzkammerbeamten betrachten. Die Verfügungen der englischen Normannenkönige über die Gelder ihrer Schatzkammer (scaccarium, exchequer [6]) hießen „brevia de liberate“, später bills de scaccario. Der Exchequer gab auch seinerseits Anweisungen auf seine Untereinnehmer in Zahlung, sog. tallys of pro, eine Abart der Kerbhölzer [7]. Wirkliche Anweisungen von Behörden resp. Privaten auf ihr Bankdepot begegnen zuerst in Genua 1342, dann in Palermo 1416, Messina 1543, Neapel 1573, Mailand 1593. Sie führen verschiedene Namen, wie polizze dei Banchi, apoca banco directa, apodixa banci, cedole per cartulario; Girierung ist seit 1560 nachweisbar. Von Italien scheint das Institut zunächst nach den Niederlanden, Antwerpen 1608 (bewijsinge) und Amsterdam (kassiersbriefje), von da nach England gelangt zu sein. Dort deponierten die Kaufleute nach 1640 ihr Metallgeld bei den

[1] So Denkschrift über die Einführung des Postscheckverkehrs (Anl. XIV A. des Entw. eines Ges. betr. die Festsetzung eines Reichshaushaltsetats für das Rechnungsjahr 1900 (bei Breit), Kommentar in Handelsges. des Erdballs XIII Abt. 2 S. 1131.

[2] Über Nutzen u. Gefahren des Scheckſystems, sowie über das Verhältnis zu Wechsel, Giroanweisung u. Banknote vgl. HWB. der Staatswiss. 2. Aufl. S. 21 ff., jetzt Lexis ebendas. 3. Aufl. VII S. 237 ff., auch Heilfron, Geld-, Bank- u. Börsenrecht, 2. Aufl., 1912 S. 47 ff.

[3] Vgl. ZVergIR. I S. 117 ff., Endemann, Handb. d. HR. III S. 1137 N. 5 u. 6, und die im HWB. d. Staatswiss., 3. Aufl., VII S. 235 ff. Z. 11 zitierten Schriftsteller, sowie Freundt, Wertpapiere im antiken usw. Recht, 1910, II S. 193 ff. Näheres in meinem demnächst erscheinenden Lehrbuch des Scheckrechts.

[4] Das erkennt Preisigke, Girowesen im griechischen Ägypten, Straßbg. 1910, S. 209 bei N. 1 an; dagegen sind schriftliche Korn-Giroanweisungen und Korn-Schecks im Getreidespeicherverkehr des griech. u. römischen Ägyptens in großer Anzahl auf uns gekommen; eine sichere Auslegung des Worts τραπέζιον, in dem Schubart eine Art Bankscheck vermutet, läßt sich nach Preisigke a. a. O. noch nicht feststellen.

[5] Vgl. Freundt, Wechselrecht der Protglossatoren, 28 u. 32, Z. f. v. RW. II S. 132. In den Züricher Stadtbüchern II S. 405 ist ein sog. Quitbrief des römischen Königs Sigismund zugunsten seines Protonotars erwähnt. — Vgl. Handwörterb. d. Staatswiss. VII S. 217.

[6] Vgl. Liebermann, Einleitung in den Dialogus de scaccario, Dissert., Göttg., 1875. Brunner, Gesch. der engl. Rechtsquellen, S. 26, 371, 64 ff. Lotz, Das Aufkommen der Geldwirtschaft, 1908, S. 9 ff. Fehr, Die Sprache des Handels in Altengland, St. Gallen 1909, S. 34 ff.

[7] v. Kostanecki, Der öffentliche Kredit im Mittelalter, 1889, S. 36 ff., 82 ff., 117. Fehr a. a. O. S. 39 ff., 53, 56 u. 81 ff.

Goldschmieden, die zugleich den Geldwechsel betrieben. Die von den Deponenten schriftlich erteilten Geldzahlungsaufträge (die ältesten auf uns gekommenen sind vom Jahre 1683) hießen anfangs cash-notes oder notes schlechthin, erst im 18. Jahrhundert cheque, cheques, checks; der Name ist wohl von exchequer, franz. échiquier abzuleiten [1]. Nach Trennung des Bankiergewerbes von der Goldschmiedkunst wird die Goldschmiedsanweisung zur Anweisung auf den Bankier, und zwar zunächst auf den Privatbankier, nach 1828 auch auf Aktienbanken. Der Scheck wird in England und den Vereinigten Staaten zum Hauptzahlungsmittel erst der Gentlemen, bald auch der tieferen Gesellschaftsschichten; der Jahresumsatz steigt auf Milliarden. Das englische Vorbild findet auf dem Kontinent Nachahmung; auch in Deutschland (wo es schon im 18. Jahrhundert an scheckähnlichen Papieren, z. B. kaufmännischen Kassenanweisungen, nicht ganz gefehlt hatte) entfaltet sich (seit Mitte des 19. Jahrhunderts [2]), insbesondere aber seit 1876 unter der Pflege der Reichsbank, der Scheckverkehr in großartiger Weise, neuestens durch Einführung der Scheckstempelsteuer (Reichsgesetz v. 15. Juli 1909) etwas beeinträchtigt. — In Japan waren Schecks angeblich schon vor 1650 bekannt [3].

IV. Gesetzgebung. Die Regelung des Scheckrechts blieb lange dem Gewohnheitsrecht überlassen. Ältestes Gesetz ist wohl der sechste Nachtrag zum Statuto del Foro di mercanti von 1606 in Bologna. Für die scheckähnlichen Kassiersbriefe (in Quittungs-, nicht Anweisungsform) erging 1776 in Amsterdam die Keure vom 30. Januar 1776. Lückenhafte Normen über den „cheque" oder „mandato sobre banqueiro" enthält das (alte) HGB. von Portugal von 1833. In Frankreich wurde zur Förderung des spät und langsam sich entwickelnden Scheckverkehrs das Gesetz vom 14. Juni 1865 erlassen, das (aus Furcht vor Mißbrauch des Schecks zur Hinterziehung des Wechselstempels) engherzige Bestimmungen enthielt, die durch die Novelle vom 19. Februar 1874 noch vermehrt wurden; eine zweite Novelle (zur Regelung des chèque barré) erging am 30. Dez. 1911. Dem französischen Gesetz schließen sich Gesetze zahlreicher Staaten an: am engsten das Spezialgesetz Belgiens (20. Juni 1873), ferner das Schweizer Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 resp. 30. März 1911 Art. 830 bis 837 und die Handelsgesetzbücher Italiens (1882) nebst dessen Tochterrechten [Rumäniens (1877), Portugal 1888)], sowie Spaniens (1885), Bulgariens (1897), Perus (1902), San Salvadors und Venezuelas (1904), endlich auch in ausführlicher und vom englischen Recht beeinflußter Weise die Handelsgesetzbücher von Argentiniens und Mexiko (1889) sowie Costa Rica (1902) [4].

In England waren lange Zeit nur wenige Spezialfragen und die Stempelpflicht gesetzlich geregelt; erst die Bills of Exchange Act von 1882 regelte ohne erhebliche Neuerungen in s. 73—82 den Scheck (als Banksichtwechsel); für Schottland bestehen nur zwei Abweichungen; eine ganz kurze Novelle erging zur Entscheidung einer Streitfrage unter dem Titel „the Bills of Exchange (Crossed Cheques) Act 1906 (Edw. 7 c. 17). Dem englischen Recht schließen sich Ostindien, Australien, sowie unter Regelung des in England fremden Instituts der sog. certification das amerikanische Gewohnheitsrecht, sowie das Neg. Instr. Law §§ 321—325 und Kanada an. Von den englischen Kolonien besitzen Malta (1857) und Mauritius (1886) Spezialvorschriften über den Scheck [5].

Die skandinavischen Staaten, Dänemark, Norwegen und Schweden erließen 1897 und 1898 ein übereinstimmendes Scheckgesetz. Es hat ganz besonderen Charakter, da jede Sichtanweisung mit der Selbstbezeichnung „Scheck" als Scheck gilt.

---

[1] Über andere Ableitungen von to check (vérifier, contrôler, ursprünglich gleich to stop) und von scaccus (Stelze, Kerbholz, Kontrollholz) vgl. Lyon-Caen, Traité IV p. 540 N. 2, Sweet, Dictionary of English Law, 1882; Fehra. a. O. S. 82; Loyd, four lectures on bills of exchange, p. 111; Thompsen, Dictionary of banking, 1911, S. 218 u. 524. Über die Schreibweise u. Verdeutschung Handwörterbuch d. Staatswiss. S. 217 N. 1; nach einer freundlichen Mitteilung Fehrs ist die kürzere und phonetische Schreibart „check" die ältere; so schrieb man in England im 18. Jahrhundert.

[2] Nähere Angaben bei Breit in Handelsgesetze des Erdballs XIII Abt. 2 S. 1086.

[3] Z. f. HR. 43 S. 395.

[4] Vgl. Trumpler S. 187 ff., 192 ff.

[5] Über Malta und Mauritius vgl. Meyer I S. 5 u. 8, sowie ZVerglR. I S. 140, 446, 472, 483. u. XI 79.

In Österreich und Deutschland war der Rechtszustand lange Zeit höchst unbefriedigend. Abgesehen von steuerrechtlichen Bestimmungen und von dem in Elsaß-Lothringen auch nach 1871 fortgeltenden französischen Gesetz v. 1865 fehlte es in beiden Reichen an Spezialnormen, so daß das für den Scheckverkehr ganz ungeeignete Anweisungsrecht zur Anwendung kommen mußte. Ein dreißigjähriger Kampf um ein Scheckgesetz entbrannte; große Verdienste erwarben sich in Österreich Funk und der Minister Klein, in Deutschland der Reichsbankpräsident Koch und Rießer. Nach mannigfachen Entwürfen und Stockungen erging zunächst das Österr. Scheckgesetz v. 3. April 1906. Unter seinem Einfluß, der durch die vom Mitteleuropäischen Wirtschaftsverein veranstaltete Budapester Scheckkonferenz 1907 noch verstärkt wurde, kam am 11. März 1908 das deutsche Scheckgesetz zustande. Zu seiner Ausführung ergingen Bek. des Reichskanzlers v. 19. März u. 5. Aug. 1908, sowie v. 9. Januar u. 4. Febr. 1909. Dem Deutschen Scheckgesetz schloß sich das Ungarische v. 31. Dez. 1908 wesentlich an. Den Gesetzen Österreichs, Deutschlands, Ungarns und Skandinaviens steht das Japanische Handelsgesetzbuch v. 7. März 1899 nicht ganz fern[1].

In den Niederlanden und seinen Kolonien (Indien, Curaçao und Surinam) ist durch das Handelsgesetzbuch von 1838 (resp. 1847 und 1848) außer dem Recht der Assignatie (Anweisung) auch das dem Scheck entsprechende Kassierspapier eingehend und eigentümlich geregelt. Dagegen begnügen sich mit der Regelung des Rechts der einfachen resp. kaufmännischen oder Ordre-) Anweisungen Ägypten, Bolivia, Chile, Kolumbia[2], Ecuador, Guatemala, Haiti, Nicaragua und St. Domingo; in Guatemala sind sogar ausdrücklich die (den Schecks entsprechenden) Quédanes um der Mißbräuche willen durch A. 664 des HGB. v. 1877 für unklagbar erklärt[3].

Entwürfe sind für Finnland (1895) und Rußland (Entw. des Oblig.-Rechts 1901) ausgearbeitet.

Mit den Bestrebungen für ein Weltwechselrecht verband sich bald auch der Wunsch nach einem Weltscheckrecht. Schon im Brüsseler Entwurf des Weltwechselrechts 1888 ist auch der Scheck mitgeregelt[4]. Der Vereinheitlichung des Scheckrechts widmeten sodann mehrere Vereinigungen eingehende Beratungen und Resolutionen; so zunächst für Deutschland, Österreich und Ungarn unter Rießers Haupteinfluß der von Jul. Wolf ins Leben gerufene Mitteleuropäische Wirtschaftsverein 1907 auf seiner zweiten gemeinschaftlichen Konferenz in Budapest (sog. Scheckkonferenz[5]); sodann für alle Kulturstaaten die Intern. Law Assossiation 1910 in London[6] und die Union économique intern. im April 1912 in Brüssel[7].

Auch die Kongresse der Handelskammern (Verona, Prag) und die Ältesten der Berliner Kaufmannschaft waren für das Weltscheckrecht tätig[8].

Endlich und hauptsächlichst hat auch (nach Ausgabe eines Fragebogens[9] durch die niederländische Regierung) die amtliche Haager Wechselrechtskonferenz im Juli 1912 einen Weltscheckgesetzentwurf aufgestellt[10].

[1] Trumpler S. 193. Über das frühere japanische Scheckrecht (HGB. v. 1890 vgl. HWB. d. Staatswiss. VII S. 221.

[2] Vgl. jedoch auch die Verordnung v. 29. Juli 1898 betr. Ausstellung von Schecks ohne Deckung (Trumpler S. 188).

[3] Vgl. ZVerglR. III S. 74 ff. und ebendas. Gotthelf Meyer.

[4] Näheres im HWB. der Staatswiss. VII S. 232.

[5] Die Verhandlungen sind 1908 in Budapest erschienen; vgl. oben über ihren Einfluß auf das Deutsche Scheckgesetz und auch Arch. f. R.- u. Wirtsch.-Philos. I S. 565 ff.

[6] Intern. Law Association. London Conference 1910. Vgl. besonders Bernat Sichermann, Paper on the Unification of the Laws concerning Cheques, London 1910. — Es wurden 7 Rules for adoption by all nations von der Konferenz anempfohlen. Vgl. Riemeyer in Z. f. intern. R. 22 S. 215 ff.

[7] Union économique internationale. Conférence intern. de Bruxelles (15 et 16 avril 1912) Bruxelles 1912. Entwürfe und Referate von van der Smißen, von Sichermann und Hammerschlag. Vgl. auch Frankf. Ztg. v. 30. April 1912.

[8] Ein im Auftrag der Ältesten verfaßtes Werk von Felix Meyer ist im Erscheinen begriffen.

[9] Zu seiner Beantwortung fanden Sachverständigenberatungen im Österr. Justizministerium am 18. März 1911 statt; die Verhandlungen sind publiziert.

[10] Ein von Sichermann verfaßtes Projet de la délégation hongroise liegt in französischer Sprache gedruckt vor. — Vgl. übrigens auch Redlich, Vorschläge zur Vereinheitlichung des Scheckrechts, Berlin 1911.

V. Wesentliche formale Erfordernisse des Schecks sind nach dem deutschen[1] Scheckgesetz (§ 1):

1. die Selbstbezeichnung als Scheck oder bei fremdsprachigen Urkunden das entsprechende Wort in der fremden Sprache (chèque, check, assegno bancario, ung. csekko, mandato de pago, libranza pro metallico, pagarée, talone, quédane, kassiersbriefje; in Esperantosprache: ček o[2]) und zwar im Kontext, sog. Scheckklausel. Auch Österreich, Ungarn, Skandinavien, die Schweiz, Japan und Bulgarien, sowie die Postscheckverordnungen fordern sie;

2. die Angabe einer zu zahlenden bestimmten Geldsumme. Schecks auf Auslieferung von Waren oder Wertpapieren (Waren-, Effektenschecks[3]) sind keine Schecks im Sinne des Reichsgesetzes, sondern gelten als Anweisungen;

3. die Zahlungsklausel, d. h. die an den Bezogenen gerichtete unbedingte abstrakte Aufforderung zu zahlen (chèque mandat). Der in die Form einer Quittung eingekleidete Scheck (chèque reçu, Quittungsscheck) ist kein Scheck im Sinne des Reichsgesetzes (a. M. Langen, zum Scheckrecht S. 21 ff.), wohl aber eine Anweisung nebst antizipierter Quittung. Der Auftrag, dem Aussteller eine Summe von seinem Konto abzuschreiben und dem Konto eines anderen zuzuschreiben (Giroanweisung), wird zwar oft roter Scheck oder Übertragsscheck genannt, ist jedoch juristisch kein Scheck;

4. die Guthabenklausel, d. h. die Aufnahme der Worte „aus meinem (unserem) Guthaben" oder, was streitig, eines gleichbedeutenden Ausdrucks. Diese wohl überflüssige Klausel wird außer in Deutschland nur noch von Österreich und Ungarn gefordert;

5. die Unterschrift des Ausstellers; Unterstempelung genügt nicht;

6. Orts- und Zeitdatum der Ausstellung. Wahrheit des Datums ist nicht notwendig; der vordatierte Scheck ist gültig. Ortsdatum ist in Japan, Skandinavien, England und einigen anderen Ländern nicht erfordert. Frankreich und die Schweiz verlangen den Ausstellungstag in Buchstaben, Frankreich sogar von der Hand des Ausstellers geschrieben.

Nicht wesentlich ist:

1. die Angabe der Zahlungszeit, da der Scheck, wie in fast allen Ländern (nur mit Ausnahme Italiens, Rumäniens, Portugals und Venezuelas) gesetzliches Sichtpapier ist. Angabe einer anderen Zahlungszeit macht in Deutschland den Scheck nichtig (§ 7), während sie in Österreich, Ungarn, der Schweiz, Frankreich und anderen Ländern für nicht geschrieben anzusehen ist;

2. die Angabe des Zahlungsorts. Als solcher gilt der Adreßort, evtl. der Ausstellungsort. Ein von diesen beiden verschiedener Zahlungsort gilt als nicht geschrieben (§ 5). Ortsdistanz ist weder erforderlich, noch ausgeschlossen. Ein Domizilvermerk gilt als nicht geschrieben; dagegen ist die Angabe von Zahlstellen (meist auf der Rückseite) üblich und statthaft, da sie nur die kostenfreie Einlösung als Inkassomandatare des Scheckinhabers vermitteln;

3. die Angabe eines Zahlungsempfängers. Als solcher gilt evtl. der Inhaber. Zulässig sind Schecks auf Namen mit oder ohne Orderklausel, auch mit der Rektaklausel „nicht an Order", auch Schecks an eigene Order, sowie Schecks mit der reinen oder der alternativen Inhaber- (Überbringer-) Klausel (an N. oder Überbringer). (Order-, Rekta-, Inhaberschecks.) § 4;

4. die Valutenklausel;

5. die Avisklausel;

6. die Anwendung eines Blanketts (Formulars); doch ist die Ausfüllung vorgedruckter (weißer) Blankette allgemein üblich und oft ausbedungen. Der linke Teil des Formulars (souche)

[1] Das geltende Scheckrecht Englands, der Ver. Staaten, Frankreichs und Österreichs ist im HWB. d. Staatswiss. VII S. 221 ff. von mir dargestellt. Über die fremden Rechte überhaupt Trumpler S. 204 ff.

[2] Über Schecks in Esperanto vgl. Lessing, Komm. z. Scheckgesetz S. 19, Kliemky, intern. Geldeinheit in Plutus v. Juli 1908 Heft 28 S. 553 ff.

[3] Über die drei Arten des Effektenschecks des Berliner Kassenvereins vgl. Cosack S. 544 (grüne zur Verpfändung, weiße zur Auslieferung, rote zur Gutschrift). Über die Stempelprivilegien des österr. u. ungar. Effektenschecks vgl. Trumpler S. 224.

wird zur Kontrolle vom Aussteller zurückbehalten. Formularzwang besteht für den Postscheck (vgl. unten.);

7. die Angabe einer Ordnungsnummer; ie ist gebräuchlich, aber nur in Argentinien und Peru vorgeschrieben;

8. die Bankierseigenschaft des Bezogenen (vgl. unten VII).

VI. Als Guthaben gilt „der Geldbetrag, bis zu welchem der Bezogene nach dem zwischen ihm und dem Aussteller bestehenden Rechtsverhältnisse Schecks einzulösen verpflichtet ist." (§ 3.) Dies Rechtsverhältnis kann Verrechnung, Kontokorrent, Darlehn, Kauf oder irgendein anderes durch die Rechtsordnung bestimmtes Verhältnis sein. Ein Guthaben im Sinne des Scheckgesetzes wird es aber nur durch den Hinzutritt des Scheckvertrages, also einer Nebenabrede, daß über eine Geldsumme mittels Schecks verfügt werden darf; der Scheckvertrag verwandelt auch nach deutschem Recht eine Forderung in ein Guthaben[1]. — Unter der vom französ. Gesetz gebrauchten Bezeichnung „provision préalable" ist eine „convention préalable" gemeint; im österreich. Ges. ist des Vertragsverhältnisses in § 14 wenigstens Erwähnung getan.

Streitig ist, ob ein ohne Scheckvertrag oder ohne Guthaben ungedeckt ausgestellter Scheck nach deutschem Recht ein gültiger Scheck (dafür besonders Breit [Z. f. HR. 64 S. 452 ff., 67 S. 517, Handelsges. des Erdballs S. 1097 u. 1098], auch Lehmann S. 710 N. 3 u. 712 bei N. 2), oder ob er, was richtiger scheint, nur ein Scheinscheck ist. Der Aussteller macht sich bei Begebung in Kenntnis des fehlenden oder bestrittenen Guthabens durch Verschweigung des Betruges schuldig (RG. in Strafs. v. 10. Juni 1909) und nach § 826 BGB. schadensersatzpflichtig; zu einem wirklichen Scheck wird der Scheinscheck aber dadurch so wenig, als verbotswidrig ausgegebene Banknoten, Aktien, Prämienscheine trotz Strafbarkeit und Ersatzpflicht des Ausstellers juristisch das sind, wofür sie sich ausgeben[2].

Der Scheinscheck entbehrt, obschon auch dies nicht unbestritten ist, des Steuerprivilegs.

Das Guthaben braucht erst zur Zeit der Präsentation vorhanden zu sein, nicht schon, was freilich streitig, bei Ausstellung oder Begebung des Schecks. Es kann Bar- oder Kreditguthaben sein.

VII. Die Fähigkeit zur Scheckzeichnung (sog. aktive Scheckfähigkeit) steht jedem Geschäftsfähigen zu. — Die Fähigkeit, als Bezogener auf einem Scheck zu erscheinen, steht in Deutschland zwar an sich jedermann, steuerrechtlich jedoch nur gewissen Kategorien zu, nämlich registrierten Bankfirmen, staatlich beaufsichtigten Sparkassen und solchen öffentlich-rechtlichen oder staatlich beaufsichtigten Anstalten und eingetragenen Genossenschaften, die sich mit Geldannahme und Zahlungsleistungen für fremde Rechnung befassen; nur solche Bankiers und Anstalten haben die volle, passive Scheckfähigkeit mit dem Privileg des geringen (10 Pfennig) Fixstempels. Schecks auf andere Personen (mit verminderter Scheckfähigkeit) entbehren jenes Stempelprivilegs, sind also wechselstempelpflichtig, dennoch aber gültig (sog. Nichtbankschecks oder wilde Schecks [§§ 2 u. 29]). In Österreich und Ungarn sind die Nichtbankschecks keine Schecks im Sinne des Gesetzes, sondern als Anweisungen zu behandeln[3].

VIII. Das Akzept und Ehrenakzept des Schecks sind unzulässig; ein auf den Scheck gesetzter Annahmevermerk gilt als nicht geschrieben (§ 10). So auch in fast allen anderen Staaten, mit Ausnahme Englands (wo das Akzept zwar zulässig, aber praktisch bedeutungslos und bei Inhaberschecks durch das Bankchartergesetz verboten ist) und der Vereinigten Staaten. In letzteren wirkt übrigens auch die allgemein übliche certification (Beglaubigung) wie

[1] Handwörterb. d. Staatswiss. VII S. 227 u. die dort Zitierten (Lessing, Jehle). Vgl. jetzt auch Lehmann S. 712: „Das Guthaben ist der Geldbetrag, bis zu dem der Bezogene nach dem Scheckvertrage Schecks einzulösen verpflichtet ist"; immerhin erklärt er den Scheckvertrag für kein Essentiale des Schecks.

[2] Handwörterb. 214 u. 227. Das ist denn doch mehr, als ein Wortgezänk, wie Breit annimmt; vgl. wegen der Verschiedenheit der praktischen Folgerungen Z. f. Handelsrecht Bd. 67 S. 355.

[3] v. Canstein S. 93 u. 211 (Pseudoschecks). Über die sonstigen fremden Rechte vgl. oben I Abs. 2 u. 3 dieses Paragraphen, sowie Trumpler S. 210.

ein Akzept[1]. Diese besteht in der Regel in dem Wort „good" oder „certified", das von einem Beamten der bezogenen Bank auf Antrag des Ausstellers oder Inhabers nach Prüfung der Ordnungsmäßigkeit des Schecks quer über die Vorderseite geschrieben wird. In Deutschland ist die Zertifikation nicht üblich und wäre evtl. für nicht geschrieben zu erachten; dagegen wäre eine mündliche oder schriftliche Bestätigung (Agnoszierung) des Bezogenen hinsichtlich des Vorhandenseins eines Guthabens des Ausstellers zulässig und als Auskunft insofern wirksam, als eine falsche Bestätigung nach § 823 Abs. 2 u. 826 BGB. schadensersatzpflichtig machen würde[2].

IX. Das Aval ist im deutschen Gesetz nicht erwähnt; evtl. haftet der Avalist nur zivilrechtlich als Bürge; scheckrechtlich haftet dagegen der Avalist in Österreich und einer Reihe anderer Länder[3].

X. Pflicht des Bezogenen[4].

Der Bezogene ist dem Aussteller aus dem Scheckvertrage zur Bezahlung (Honorierung) des vertragsmäßig ausgestellten Schecks verpflichtet; ihm haftet er wegen vertragswidriger Dishonorierung auf vollen Schadensersatz.

Dagegen ist dem Inhaber ein unmittelbarer Anspruch gegen den Bezogenen selbst bei vorhandener Deckung vom deutschen Gesetz schließlich versagt worden; dies entspricht dem englischen und österreichischen Recht und der schweizerischen Rechtsprechung[5]; in der Begebung liegt nicht ohne weiteres eine Zession des Anspruchs auf das Guthaben des Ausstellers. Andere Rechte, besonders das französische und schottische, geben jedoch dem Inhaber das ausschließliche Recht auf die Deckung.

Tod und Geschäftsunfähigkeit des Ausstellers sind auf die Einlösung ohne Einfluß; ebenso, was freilich sehr bestritten, der Konkurs des Ausstellers.

Zahlung an den Inhaber in Unkenntnis der Konkurseröffnung befreit den Bezogenen.

Widerruf des Ausstellers ist in Deutschland (§ 13 Abs. 3), Österreich und Ungarn erst nach dem Ablauf der Vorlegungsfrist (vgl. unten XII) wirksam; der Konkursverwalter ist jedoch zum sofortigen Widerruf berechtigt und verpflichtet. In England und vielen Ländern ist der Widerruf unbeschränkt zulässig, in Frankreich dagegen ganz ausgeschlossen.

Der Aussteller ist dem Bezogenen zur Vergütung der in Ausführung des Scheckvertrages gemachten Aufwendungen (Revalierung) verpflichtet.

XI. Übertragung[6]. Der Orderscheck wird durch das (den wechselrechtlichen Regeln folgende) Indossament, auch Blankoindossament, übertragen. Unwirksam ist jedoch das auf eine Scheckkopie gesetzte, sowie das Indossament des Bezogenen. Indossierte Postschecks werden nicht eingelöst. Das Indossament an den Bezogenen gilt als Quittung. Der auf Namen gestellte Scheck ist im Zweifel indossabel (§ 8). Das Scheckgesetz schweigt über Rekta-, Prokura- und Nachindossamente; ihre Wirkungen sind streitig (vgl. Langen S. 90 ff., Breit Komm. S. 1104 V).

Der Rektascheck wird durch zivilrechtliche und zwar nur, was freilich bestritten, durch schriftliche Abtretungserklärung übertragen.

Der Inhaberscheck wird durch formlose Übergabe des Papiers übertragen, nicht aber durch Indossament; eine Namensunterschrift auf der Rückseite hat nur Garantie-, nicht Transporteffekt (sog. hinkendes oder Quasi-Indossament) (§ 15 Abs. 2).

XII. Präsentation. Der im Inland ausgestellte und zahlbare Scheck — und zwar sowohl der Platz- als Distanzscheck — ist binnen zehn Tagen nach dem aus dem Scheck ersichtlichen Ausstellungstage dem Bezogenen am Zahlungsort zur Zahlung vorzulegen (§ 11

[1] Trumpler S. 216, wo auch über die Beglaubigung in Costa Rica, Skandinavien, das französische „visa" und das marking im Londoner Clearing House. Vgl. auch HWB. S. 222 g, 224 d u. 225 g.

[2] HWB. S. 228 Z. f. HR. 61 S. 53 ff. Breit, Kommentar zu § 10 II. Über Österreich vgl. v. Canstein S. 174. Lessing, Komm. S. 92 ff. Düringer u. Hachenburg S. 599 Anm. 22.

[3] Trumpler S. 225. Conrad S. 151. Lessing S. 93. HWB. a. a. O.

[4] Trumpler S. 202—203, 220 ff., 234.

[5] Praxis des Bundesgerichts I, S. 477 (Entsch. v. 3. April 1912).

[6] Trumpler S. 213, 214 u. 225.

Abs. 1). Der im Ausland ausgestellte, im Inland zahlbare Scheck ist nach der Bek. des Reichskanzlers v. 19. März 1908 je nach der geographischen Zone in 3 Wochen bzw. 1, 2 oder 3 Monaten vorzulegen; die gleichen Fristen gelten auch — bei Fehlen einer ausländischen Vorschrift — für die im Inalnd ausgestellten, im Auslande zahlbaren Schecks (§ 11 Abs. 2). Die Einlieferung des Schecks in eine vom Bundesrat anerkannte Abrechnungsstelle, bei welcher der Bezogene vertreten ist, genügt als Vorlegung (§ 12); anerkannt sind nach den 6 Bekanntmachungen aus den Jahren 1908 u. 1909 die 20 Abrechnungsstellen der Reichsbank, die Bank des Berliner Kassenvereins und die Preuß. Zentralgenossenschaftskasse; die Berliner Scheckaustauschstelle ist dagegen keine Abrechnungsstelle (vgl. Abkommen u. Geschäftsordnung v. 7. Mai 1910 bei Breit, Komm. S. 1111 ff.).

Die meisten außerdeutschen Rechte bestimmen die Vorlegungsfrist verschieden für Platz- und Distanzschecks und variieren von drei Tagen bis zu einem Monat; vielfach finden sich fünf bzw. acht Tage; England und die Vereinigten Staaten haben keine festbestimmte Frist, sondern fordern nur, daß die Vorlegung innerhalb billiger, d. h. mäßiger Frist nach Ausgabe (a reasonable time of its issue) erfolge [1].

XIII. Zahlung. Der Bezogene braucht nur gegen Aushändigung des quittierten Schecks zu zahlen (§ 13). Der Inhaber ist zur Annahme von Teilzahlungen nicht verpflichtet (bestritten). Avisierung ist nicht gesetzlich, höchstens vertragsmäßig geboten. Als Zahlung gilt auch die Verrechnung durch Gutschrift oder Skontration (§ 14; über den Verrechnungsscheck vgl. unten XIX). Die Zahlung darf nur an den legitimierten Präsentanten erfolgen.

XIV. Regreß [2]. Für die Einlösung des Schecks haftet stets der Aussteller sowie die Indossanten (soweit diese nicht die Angstklausel „ohne Gewährleistung" ihrem Indossament beigefügt haben), bei dem Inhaberscheck auch die Namenskribenten der Rückseite (Quasiindossanten) und zwar sämtlich solidarisch, auch sprungweise, nach Art. des Wechselregresses (§§ 15 u. 18). Voraussetzung der Regreßnahme ist der urkundliche Nachweis, daß der Scheck rechtzeitig zur Zahlung vorgelegt und nicht eingelöst, oder daß die Vorlegung vergebens versucht worden ist; jedoch gewähren die meisten fremden Rechte den Regreß gegen den Aussteller trotz Versäumung der rechtzeitigen Präsentation, ausgenommen den Fall, daß der Aussteller infolge der Säumnis Schaden erlitten hat. — Der Nachweis der Dishonorierung kann nach Wahl des Inhabers entweder 1. durch eine auf den Scheck gesetzte, von dem Bezogenen unterschriebene und den Präsentationstag enthaltende Erklärung des Bezogenen (Präsentationsatteſt, Privatdeklaration) oder 2. durch eine Bescheinigung der Abrechnungsstelle über die Nichteinlösung oder 3. durch einen Protest nach Art des Wechselprotestes erbracht werden (§ 16). Zur Protestaufnahme sind (innerhalb der für Wechselproteste gezogenen Schranken; vgl. oben S. 172) auch Postbeamte befugt. Der Protest muß innerhalb der Vorlegungsfrist erhoben sein und zwar ohne die zweitägige Protestfrist des Wechselrechtes; dagegen kann Privatdeklaration und Bescheinigung auch nach Ablauf der Vorlegungsfrist nachgeholt werden. Protesterlaß ist statthaft, bewirkt aber nicht Präsentationserlaß und schützt nicht gegen Ersatzpflicht der Protestkosten.

Der Regreßpflichtige braucht nur gegen Auslieferung von Scheck, Präsentationsurkunde und quittierter Rechnung zu zahlen; den abhanden gekommenen Scheck ersetzt das Ausschlußurteil.

Die Regreßforderung des Inhabers bzw. des einlösenden Scheckgläubigers entspricht der Regreß- bzw. der Rembursregreßsumme des Wechselrechts.

Die Pflicht zur Notifikation der Vormänner sowie ihr Einlösungsrecht und ihre Befugnis zur Ausstreichung der Indossamente sind wie beim Wechsel geregelt (§ 17).

Der Regreßanspruch kann im Wechselprozeß (ZPO. §§ 602—605) geltend gemacht werden. Zuständig ist die Kammer für Handelssachen (§ 28). Einwendungen des Beklagten sind nur zulässig, wenn sie die Gültigkeit seiner Erklärung im Scheck betreffen oder sich aus dem Scheck ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Inhaber zustehen (§ 18 Abs. 2).

Ein Regreßanspruch auf Sicherstellung wegen Unsicherheit des Bezogenen zwischen Ausstellung und Verfall des Schecks ist (im Gegensatz zum Wechselrecht) nicht anerkannt, auch bei der Kürze dieser Zwischenzeit durchaus entbehrlich (Cosack S. 296).

[1] HWB. S. 222 k, 224 f., 225 i, 228 Z. 11, 231 Z. 7. Trumpler S. 216 ff.
[2] HWB. S. 229. Trumpler S. 226 ff., 231.

Die Regreßansprüche verjähren[1], wenn der Scheck in Europa (mit Ausnahme von Island und den Farövern) zahlbar ist, in drei Monaten, in allen übrigen Fällen in sechs Monaten. Die Frist beginnt gegen den Inhaber mit dem Ablauf der Verjährungsfrist, gegen jeden Indossanten mit der Zahlung bzw. Klageerhebung (§ 20).

XV. Bereicherungs- und Vertragsklage[2]. Im Fall des verjährten oder durch Präsentationsversäumnis erloschenen (präjudizierten) Schecks gewährt das deutsche (und außer ihm nur noch das skandinavische) Recht dem Inhaber gegen den Aussteller, und zwar nur gegen diesen, die Bereicherungsklage, soweit er sich mit dem Schaden des Inhabers bereichern würde (§ 21). Ein Schaden des Inhabers liegt nur vor, wenn der Scheckbetrag auch sonst uneinbringlich ist. Sie verjährt in einem Jahre seit der Ausstellung des Schecks.

Die Vertragsklage aus dem zugrunde liegenden Verhältnis (Mutter- oder Kaufalverhältnis) steht dem Inhaber gegen den unmittelbaren Vormann zu, der ihm den Scheck, was zu präsumieren, zahlungshalber (nicht an Zahlungs Statt) gegeben hat, und zwar auch aus dem verjährten oder präjudizierten Scheck, bei diesem jedoch unter Anrechnung des Schadens, der dem Vormann durch schuldhafte Säumnis des Inhabers erwachsen ist. Bei rechtzeitiger Präsentation hat der Inhaber die Wahl zwischen dieser Vertrags- und der Regreßklage.

XVI. Ungedeckte Schecks haben im Ausland[3] (auch vom Fall des strafrechtlichen Betrugs ganz abgesehen) oft Geldstrafe (so z. B. Frankreich, Belgien, Italien, Japan und in Österreich, dort durch die Zivilrichter) oder Buße an den Inhaber (so in der Schweiz) zur Folge; dagegen ist in Deutschland außer dem Regreßanspruch nur das allgemeine Zivilrecht über Schadensersatz anwendbar.

Nur einige ausländische Rechte (Ungarn, Japan, Frankreich, Belgien, Italien, Rumänien, Peru, Venezuela) enthalten Strafandrohungen gegen Ausstellung bzw. Annahme falsch oder nicht datierter Schecks[4].

XVII. Kraftloserklärung[5]. Abhanden gekommene oder vernichtete Schecks aller Art unterliegen der Kraftloserklärung im Wege des Aufgebotsverfahrens wie Wechsel (vgl. oben § 19); jedoch beträgt das Mindestmaß der Aufgebotsfrist (statt sechs) nur zwei Monate; auch kann nicht die Hinterlegung ohne Sicherheitsleistung, sondern nur die Zahlung gegen Sicherheitsleistung gefordert werden (§ 27) und zwar nicht vom Bezogenen, sondern vom Aussteller. (Cosack S. 297.) Das Zahlungsverbot im Aufgebotsverfahren ist auf Inhaberschecks beschränkt (§ 1019 ZPO.).

XVIII. Scheckfälschung. Wie bei dem Wechsel wird die Wirkung der echten Unterschrift auf einen Scheck durch falsche oder gefälschte Unterschriften der Aussteller oder Indossanten nicht beeinträchtigt (Prinzip der Selbständigkeit der einzelnen Akte) (§ 23). Über die Haftpflicht bei Scheckfälschungen schweigt leider das deutsche Gesetz im Gegensatz zu mehreren ausländischen Gesetzen (Österreich, Ungarn, Mexiko, Costa-Rica und Argentinien[6]). Nach der wohl herrschenden Meinung hat der Bezogene, der einen falschen oder verfälschten Scheck einlöst, grundsätzlich den Verlust zu tragen; trifft jedoch den Anweisenden ein Verschulden, z. B. durch nachlässige Verwahrung des Scheckbuchs oder mangelhafte Sorgfalt bei Ausfüllung des Formulars, so ist er dem Angewiesenen schadensersatzpflichtig; bei beiderseitigem Verschulden findet eine Schadensverteilung nach § 254 BGB. statt; beide Teile haften auch für Verschulden ihrer Angestellten gemäß § 278 BGB. Durch den Scheckvertrag kann die Tragung der Gefahr in anderer Weise geregelt werden (vgl. dagegen österr. Gesetz § 20). Der Zahlungsempfänger ist bei Kenntnis der Scheckfälschung zur Rückerstattung verpflichtet[7]. Die Beweislast für die Echtheit eines Schecks trifft den Bezogenen, für die Verfälschung dagegen den Aussteller.

---

[1] Über die fremden Rechte vgl. Trumpler S. 230 ff.
[2] HWB. S. 229 ff.
[3] Trumpler S. 205 ff.
[4] Ebendas. S. 207.
[5] Ebendas. S. 234 ff.
[6] Ebendas. S. 232 ff.
[7] HWB. S. 230.

XIX. Crossing und Verrechnungsscheck. Zur Verhütung der Zahlung des Schecks an einen Unberechtigten dient hauptsächlich in England, aber auch in einigen anderen Ländern (Argentinien, Australien, Costa-Rica, Skandinavien, Japan, Spanien, Peru und seit der Novelle v. 30. Dez. 1911 auch in Frankreich) das crossing (das Kreuzen, Sperren, korrekter Durchqueren des Schecks, franz. barrement). Es besteht in der Ziehung zweier paralleler Querlinien durch die Vorderseite des Schecks, der hiernach crossed check (chèque barré) heißt. Zwischen die Linien werden meist, aber nicht notwendig, noch die Worte „u. Cie." geschrieben. Dieses sog. general crossing wird zum special crossing, wenn der Name eines Bankiers quer über die Vorderseite geschrieben wird. Zu dem general und zu dem special crossing kann in England, nicht in Frankreich, noch der Zusatz „not negotiable" (nicht begebbar) gesetzt werden. Das general crossing hat die Wirkung, daß nur an einen Bankier, das spezielle crossing, daß nur an den genannten Bankier die Zahlung erfolgen darf; Zahlung an einen anderen macht schadensersatzpflichtig und zwar nicht nur dem Aussteller, sondern auch unmittelbar dem wahren Eigentümer des Schecks. Der Zusatz „not negotiable" bewirkt, daß der Scheknehmer, selbst der gutgläubige, nur das Recht seines Vormannes, nicht aber einen selbständigen Anspruch erwirbt. Da die Bankiers nur von ihnen bekannten Personen Schecks zu nehmen pflegen, so wird der Nachteil des Diebstahls oder Verlustes der Urkunde gemindert, die Ermittlung des illegitimen Erwerbers erleichtert. Das Crossing ist bei jedem Scheck sowohl durch den Aussteller, als auch jeden Inhaber statthaft; auch darf jeder Inhaber das general in einen special crossing — aber nicht umgekehrt — umwandeln [1]. Indem das Crossing den Kreis der Einzugsberechtigung auf Bankiers beschränkt, dient es als Schutzmittel gegen Verlust und Diebstahl und fördert überdies, da auch die Bezogenen (fast ausnahmslos) Bankiers sind. die Skontration.

Dem Crossing nachgebildet, aber von ihm verschieden ist die Verrechnungsklausel, d. h. der quer über die Vorderseite des Schecks gesetzte Vermerk „Nur zur Verrechnung". Sie kann vom Aussteller und jedem berechtigten Inhaber auf jede Art des Schecks gesetzt werden und ist unwiderruflich. Sie wirkt als Barzahlungsverbot; seine Übertretung macht den Bezogenen allen Beteiligten gegenüber schadensersatzpflichtig (§ 14). Der Verrechnungsscheck unterscheidet sich vom crossed check doppelt: einerseits durch die Möglichkeit der Gutschrift für Nichtbankiers und andererseits durch das ausnasmslose Barzahlungsverbot, während der crossed check einem Bankier auch bar ausgezahlt werden darf. — Der Verrechnungsscheck steht der Giroanweisung (die auch roter Scheck genannt wird, vgl. oben V, Z. 3) nahe, unterscheidet sich aber von ihr dreifach: einerseits durch die Möglichkeit der Aufsetzung des Verrechnungsvermerks seitens jedes Inhabers, anderseits durch die Zirkulationsfähigkeit des Verrechnungsschecks und endlich durch das formelle Erfordernis der Scheckklausel. Der Verrechnungsscheck ist auch in Österreich, Ungarn und Argentinien ähnlich, wie in Deutschland geregelt [2].

XX. Stempelpflicht. Der Scheck genießt in einigen Ländern (Skandinavien, Belgien und den Vereinigten Staaten) volle Steuerfreiheit, in vielen anderen ist er einem sehr geringen Fixstempel unterworfen (so in England, Frankreich, Österreich), selten, wie in Portugal, dem vollen Wechselstempel. Das deutsche Scheckgesetz, das volle Stempelfreiheit gewährte, ist durch das Ges. v. 15. Juli 1909 § 70 u. Tarif Nr. 10 leider sehr bald abgeändert worden; völlig stempelfrei sind jetzt nur noch die Postschecks, sowie die im Ausland auf das Ausland ausgestellten Schecks und gewisse Sichtplatzanweisungen; dagegen unterliegen einem Fixstempel von 10 Pf. diejenigen Schecks, die die wesentlichen Scheckerfordernisse enthalten, auf eine Person mit voller passiver Scheckfähigkeit gezogen und nicht vordatiert sind; die übrigen sind dem vollen Wechselstempel unterworfen [3].

Ausländische Schecks. Die Form der im Ausland ausgestellten Schecks und der im Ausland auf den Scheck gesetzten Erklärungen wird den wechselrechtlichen Normen (WO. 85) analog nach den ausländischen Gesetzen beurteilt (DScheckG. § 26); nach dem gleichen

[1] HWB. S. 223 ff. Trumpler S. 222 ff. Über die franz. Novelle vgl. Bankarchiv XI S. 17.

[2] HWB. S. 228. Trumpler S. 222 ff. Vgl. Hans Meyer, Verrechnungsscheck, Zürich 911 und Breit in Z. f. HR. 70, S. 97 ff.

[3] HWB. S. 231. Trumpler S. 235.

Grundsatz „locus regit actum" regeln sich auch alle Fragen, die mit den Formerfordernissen irgendwie zusammenhängen, so z. B. nach der Statthaftigkeit von Scheckduplikaten[1]. Dagegen regeln sich die Rechtswirkungen der Scheckerklärung nach dem Recht des Erfüllungsorts für die betreffende Obligation.

Ausnahmen von dem Grundsatz „locus regit actum" zugunsten inländischen Rechts bestehen jedoch 1. für die Gültigkeit jeder im Inlande auf den Scheck gesetzten Erklärung, sofern dieser Scheck nur nach deutschem Recht ein gültiger Scheck ist, und 2. für die im Inland zahlbaren, auch nur den deutschen Bestimmungen entsprechenden Schecks.

Die im Ausland zahlbaren Schecks dürfen (wechselstempelfrei) auch auf solche Bezogene lauten, die entweder nach dem deutschen oder dem Recht des ausländischen Zahlungsorts passiv scheckfähig sind[2] (§ 25).

XXI. Postscheck[3]. Nachdem Österreich 1883 und genau nach dessen Muster Ungarn 1889 bei ihren Postsparkassen einen Scheckverkehr eingeführt hatten, der zumal in Österreich ungeahnt große Dimensionen annahm, wurde auch von der deutschen Reichsregierung am 1. Dez. 1899, um die Vorteile der geldlosen Zahlung auch „den breiteren Schichten der Bevölkerung" zugänglich zu machen, die Einführung eines Postscheckverkehrs dem Reichstag vorgeschlagen, von diesem jedoch an Bedingungen geknüpft, die der Regierung nicht annehmbar erschienen. Erst bei der Etatfeststellung von 1908 wurde der Reichskanzler ermächtigt, den Postüberweisungs- und Scheckverkehr einzuführen (§ 2 des RGes. v. 18. Mai 1908 betr. die Feststellung eines zweiten Nachtrags zum Reichshaushalt). Auf Grund dieser Ermächtigung erließ der Reichskanzler für das Reichspostgebiet die Postscheckordnung v. 6. Nov. 1908, die durch die Bek. v. 22. Okt. 1909 u. 20. März 1910 Abänderungen erfuhr, übrigens nur provisorisch gilt, nämlich bis zum Erlaß eines (spätestens am 1. April 1914 zu erlassenden) Reichspostscheckgesetzes. Für Württemberg und Bayern ergingen wesentlich übereinstimmende Vorschriften.

Der Postscheck hat zur Voraussetzung den Postscheckvertrag. Dieser wird auf schriftlichen Antrag, der durch jedermann gestellt werden kann, von dem Antragsteller mit der zuständigen Postverwaltung abgeschlossen. Diese eröffnet dem Antragsteller nach Einzahlung einer sog. Stammeinlage von 100 Mark ein Postscheckkonto bei einem oder auf Verlangen auch bei mehreren der 13 Postscheckämter. Der Kontoinhaber kann über sein durch Einzahlung (oder Überweisung von anderen Konten) anwachsendes Guthaben, soweit es die Stammeinlage übersteigt, jederzeit in beliebigen Teilbeträgen mittels Postschecks (oder Überweisung) verfügen. Eine Maximalgrenze besteht für das Guthaben nicht. Es wird, im Gegensatz zu Österreich und der Schweiz, nicht verzinst.

Der Postscheck folgt den allgemeinen scheckrechtlichen Regeln, jedoch mit einigen Modifikationen. So darf er nur auf einem vom Postscheckamt gelieferten Formulare in Reichswährung ausgestellt werden; auch ist ein Höchstbetrag (von 10 000 Mark) festgesetzt; die Summe muß in Zahlen und in Buchstaben ausgedrückt sein; die handschriftliche Ausfüllung darf nur mit Tinte geschehen; von der Kontrollzahlenreihe am rechten Rande des Schecks sind vor der Ausgabe die den Scheckbetrag übersteigenden Zahlen abzutrennen oder zu durchstreichen. Verspätet (nach Ablauf der zehntägigen Präsentationsfrist) vorgelegte Postschecks werden nur nach dem Ermessen des Postscheckamts eingelöst. Der Protest ist ausgeschlossen. Die Postverwaltung haftet nicht für rechtzeitige Buchung und rechtzeitige Ausführung des Zahlungsauftrags. Der Kontoinhaber ist zur sorgfältigen Aufbewahrung der Formulare verpflichtet und trägt alle aus dem Abhandenkommen entstehenden Nachteile, sofern er nicht das Postscheckamt von dem Verlust zur Verhinderung der Auszahlung an einen Unberechtigten benachrichtigt hat. Der Kontoinhaber kann den Scheckvertrag jederzeit, das Scheckpostamt nur im Falle mißbräuchlicher Benutzung kündigen. Orderschecks sind, was streitig, immerhin statthaft; ihr Indossament hat Transport- und Garantiefunktion, obschon eine Einlösung indossierter Schecks nach § 8 Abs. 4

[1] Vgl. Breit, Komm. S. 1126.

[2] Vgl. Breit, Komm. S. 1126 u. 1127; über einige fremde Rechte Trumpler S. 234. Über die Vorlegungsfrist im Ausland ausgestellter bzw. zahlbarer Schecks vgl. oben XII.

[3] Kirschberg, Der Postscheck 1906. Cosack § 153. Jehle, Komm. S. 22 ff., 37, u. 113. Breit im Handelsges. d. Erdb. XIII 2 S. 1131 ff. Heilfron, Geld-, Bank- u. Börsenrecht, 2. Aufl. 1912 S. 111 ff.

der Postscheckordnung nicht stattfindet. (Jehle, Kommentar S. 37.) Der Postscheck ist vom Wechsel- und Scheckstempel befreit. Am 1. Juli 1910 bestanden über 43 000 Postscheckkonten mit insgesamt 71 Millionen Mark Guthaben.

Die Schweiz hat den Postscheck- und Giroverkehr durch Bundesgesetz v. 16. Juni 1905 eingeführt. In Frankreich ist die Einführung beabsichtigt.

Zwischen Deutschland, Österreich ,Ungarn und der Schweiz besteht seit dem 1. Febr. 1910 ein Postgiroverkehr; doch werden Aufträge zu Barauszahlungen im Verkehr mit dem Ausland nicht ausgeführt.

XXII. Literatur:

1. James Breit, Pflichten u. Rechte des Bankiers unter dem Scheckgesetz, 1908, sowie in Z. f. HR. 64 S. 445, 67 S. 507 ff. und a. a. O. Georg Cohn in Z. f. vgl. RW. I S. 117 ff., 424 ff., II S. 131 ff., III S. 69 ff., XI S. 365 ff., XII S. 96 ff., XIV S. 395, in Endemanns Handb. d. HR. III S. 1135 ff., im Handwörterb. d. Staatswiss., 3. Aufl., VII S. 213 ff. und a. a. O. Walter Conrad, Handb. d. Scheckrechts, 1908. Cosack, Lehrb. d. HR., 7. Aufl., § 75 ff. Düringer u. Hachenburg, Das HGB. v. 10. Mai 1897, 2. Aufl., Bd. II, S. 591 ff. Fritz Fick, Die Frage der Scheckgesetzgebung, 1897. R. Koch, Vorträge u. Aufsätze, 1892, S. 140 ff. und a. a. O. Kuhlenbeck, Der Scheck, 1890. A. Langen, Zum Scheckrecht, 1910. K. Lehmann, Lehrb. d. HR., 2. Aufl. 1912, § 160 a. Franz Mittermaier in Z. f. HR. X (1866) S. 1 ff und a. a. O. Rießer, Zur Revision des Handelsgesetzbuchs, 1889, § 22 und a. a. O.

2. Hans Trumpler, Welthandelsrecht. Syst. rechtsvgl. Darstellung des Scheckrechts aller Kulturvölker, 1912.

3. Kommentare zum deutschen Scheckgesetz v. 11. März 1908 von Apt, Buff, Gareis, Heim, Henschel, Jehle, Kiermayer, Kohl, Kuhlenbeck, Merzbacher, Schiebler, besonders hervorragend Lessing und jetzt James Breit in Handelsges. d. Erdballs XIII, 2 S. 1085.

4. v. Canstein, Scheck, Wechsel, u. Deckung, 1890, sowie Der Scheck nach d. österr. Gesetz, 1906 und a. a. O. Hammerschlag in Österr. Staatsw., 1908, s. v. Scheck und a. a. O. Franz Klein in D. J. Z. 1903 Nr. 2. Pawliček, Der Scheck, 1898 und a. a. O. Verhandl. der Scheckkonferenz in Budapest, 1907, 1908.

5. Lyon-Caen et Renault, Traité de dr. comm. 4. éd., 1906, IV. Nougier et Espinas, Des chèques, 2. éd. 1879. Thaller, Traité élém. de dr. com., 4. éd. 1910, Nr. 1610 ff., 1639 ff.

6. Hulshoff, De cheque, Amsterd. 1870.

7. Franchi, L'assegno bancario (check), Milano 1892. Carnazza, L'assegno bancario (check) 1896. Vivante, Trattato di dir. comm., 2. Ed., III. Nr. 1374 ff.

8. Watson, The law relating to cheques, 3. ed., 1904. Tillyard, Banking and negotiable instruments, 1908.

Zahlreiche andere Nachweise im Handwörterbuch der Staatswissensch. VII S. 232 ff.

3.

Börsen- und Bankwesen

von

Dr. H. Trumpler,
Syndikus der Handelskammer Frankfurt a. M.

Inhaltsübersicht.

A. Börsenwesen.

Seite

I. Geschichtliche Einleitung. Allgemeine Bestimmungen über die Börse und deren Organe. Zulassung zum Börsenbesuch 203

II. Feststellung des Börsenpreises und Maklerwesen.

1. Die Feststellung des Börsenpreises im allgemeinen 207
2. Die Kursmakler und freie Makler 209

III. Die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel 210

1. Voraussetzungen der Zulassung 210
2. Die Zulassungsstelle 211
3. Befreiung von den Bestimmungen über die Zulassung 212

IV. Die Börsengeschäfte 212

1. Die Börsenusancen 212
2. Die Geschäfte der Fondsbörse 212
3. Die Geschäfte der Produktenbörse 213
4. Zeit- und Kassegeschäfte 214

a) Kassegeschäfte 214
b) Zeit-(Termin)geschäfte 214

α) Die Abwickelung der Zeitgeschäfte 214
β) Die Prolongation der Zeitgeschäfte 217

1. Das Lombardgeschäft. — 2. Das uneigentliche Lombardgeschäft. — 3. Das Reportgeschäft.

γ) Die Prämiengeschäfte 221

αα) Die verschiedenen Arten von Prämiengeschäften. — ββ) Die Ausgleichung von Prämiengeschäften.

V. Das Recht des Börsenterminge schäfts 227

B. Bankwesen.

I. Die Reichsbank 230

II. Die Privatnotenbanken 236

III. Koloniale Notenbanken 239

IV. Staatliche Bankinstitute 240

V. Kreditbanken 241

VI. Bodenkreditinstitute 244

A. Börsenwesen.

I. Geschichtliche Einleitung.[1] Allgemeine Bestimmungen über die Börse und deren Organe. Zulassung zum Börsenbesuch.

1. Von alters her pflegten die Kaufleute zur Abwicklung ihrer Geschäfte sich zu bestimmter Zeit an einem bestimmten Platze zu treffen. Insbesondere waren es die großen Handelsstädte Oberitaliens, in denen sich schon seit dem 12. Jahrhundert ein börsenähnlicher Verkehr im Anschluß an die Tische der Geldwechsler und Bankiers entwickelte. Der erste Gegenstand, der börsenmäßig gehandelt wurde, war der Wechsel. Wichtig für die Ausbildung der Technik des Börsenverkehrs wurden sodann die großen internationalen Messen, die vom 12. Jahrhundert an in der Champagne, in Lyon, an verschiedenen niederländischen Plätzen und in Frankfurt a. M. abgehalten wurden. Auf diesen Messen pflegten die Kaufleute ihre wechselseitigen Forderungen durch Abrechnung (Skontration) zu tilgen; auch wurde hier zuerst ein offizieller Kurs für Wechsel festgesetzt. Die Bezeichnung „Börse" wurde nach dem Bericht eines zeitgenössischen Schriftstellers zuerst von den börsenartigen Versammlungen in Brügge nach einer dort ansässigen Kaufleutefamilie van der Bourse gebraucht. Die erste eigentliche Börse ist wohl die 1460 in Antwerpen errichtete gewesen. Die französische Regierung errichtete Börsen 1549 in Toulon, 1556 in Rouen und 1563 in Paris. In London wurde 1566/70 eine Börse unter dem Namen Royal Exchange gebaut. Der Börsenhandel in Aktien und damit die komplizierten Formen des modernen Börsengeschäfts (Termin-, Prämien-, Reportgeschäft) entwickelte sich zuerst im 17. Jahrhundert an der Amsterdamer Börse. Um diese Zeit kam auch der Handel in Schuldbriefen der verschiedenen Souveräne, Regierungen, Städte und anderer Körperschaften an den niederländischen und französischen Börsen sowie an der Londoner Börse auf. Von den deutschen Börsen wurde die Hamburger von einer Kaufleutegenossenschaft im Jahre 1558 errichtet. Die Frankfurter Börse entwickelte sich zu Anfang des 17. Jahrhunderts aus den alten Messen, und zwar zunächst als Privatveranstaltung der christlichen Kaufleute. Die Berliner Börse wurde 1738 von den beiden Gilden der Materialisten und der Tuch- und Seidenhandlung errichtet.

Vor Erlaß des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896 fehlte es an einer reichsgesetzlichen Regelung des Börsenwesens. Auch die Landesgesetzgebung enthielt nur vereinzelte Bestimmungen über die Materie. So war nach § 3 des Preuß. EG. zum HGB. vom 24. Juni 1861 zur Errichtung einer Börse, zum Erlaß oder zur Ergänzung von Börsenordnungen die Genehmigung des Handelsministers erforderlich. Nach Artikel 12 des Württembergischen EG. zum HGB. vom 13. August 1865 hatten das Recht zur Feststellung von Börsenpreisen nur solche Vereine, denen auf Grund einer landesherrlich genehmigten Börsenordnung die Eigenschaft öffentlicher Börsenvereine durch landesherrliche Entschließung zuerkannt war. Infolge des wirtschaftlichen Aufschwungs in Deutschland gewannen auch die Börsen, oder wenigstens einzelne derselben, immer größere Bedeutung. Mißstände, welche hierbei zutage traten, veranlaßten schon im Jahre 1888 die Petitionskommission des Reichstages zu dem Beschluß, dem Reichskanzler die Veranstaltung einer Enquete über die Zustände der Börse und eine reichsgesetzliche Regelung der Materie zur Erwägung zu geben (Reichstagsdrucksachen Nr. 185,

[1] Vergl. hierüber Ehrenberg, Zeitalter der Fugger 1896; Kirchenpauer, Die alte Börse, Hamburg 1841; Geschichte der Handelskammer Frankfurt a. M. 1707—1908, 1908.

7. Legislaturperiode, II. Session 1887/88). Einzelne bedauerliche Vorkommnisse, wie der Zusammenbruch bedeutender inländischer Bankhäuser, Depotveruntreuungen, spekulative Ausschreitungen sowie Zahlungseinstellungen ausländischer Staaten, deren Papiere an den deutschen Börsen gehandelt werden, gaben weiterhin Anlaß zu Anträgen im Reichstag, wonach die verbündeten Regierungen um die Vorlage eines Gesetzentwurfs ersucht wurden, der dem Börsenspiel entgegentreten und die Börse unter staatliche Aufsicht stellen sollte (Reichstagsdrucksachen Nr. 528, 531, 8. Legislaturperiode, I. Session 1890/92). Infolgedessen berief der Reichskanzler unter dem 6. Februar 1892 eine Kommission unter dem Vorsitz des damaligen Reichsbankpräsidenten Koch, die aus Vertretern der beteiligten Bundesregierungen, der Wissenschaft, der am Börsenhandel beteiligten Kreise und aus Parlamentariern bestand. Die Kommission erstattete ihren Bericht unterm 11. November 1893. Beigegeben sind ihm die umfangreichen Materialien, welche über in- und ausländische Börsenverhältnisse, Kursbewegung, Rechtsprechung usw. zusammengebracht wurden, sowie die stenographischen Berichte über die Aussagen der 115 Sachverständigen, welche von der Kommission vernommen wurden (Bericht der Börsen-Enquete-Kommission, gedruckt in der Reichsdruckerei 1893). Der Entwurf eines Börsengesetzes, welchen die verbündeten Regierungen unter dem 3. Dezember 1895 dem Reichstag zugehen ließen, gründete sich im wesentlichen auf die Vorschläge der Börsen-Enquete-Kommission. Weiter ging er insbesondere insofern, als er das Börsenregister, welches die Enquetekommission nur für den Börsenhandel in Waren vorgeschrieben hatte, auch auf den Handel in Wertpapieren ausdehnte. Bei den Beratungen im Reichstag wurde der Entwurf erheblich verschärft, insbesondere dadurch, daß der Börsenterminhandel in Anteilen von Bergwerks- und Industrieunternehmungen und in Getreide und Mühlenfabrikaten verboten wurde. Das Börsengesetz wurde unter dem 22. Juni 1896 erlassen und trat am 1. Januar 1897 in Kraft.

Durch die spätere Veränderung des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts wurden verschiedene Abänderungen des Gesetzes notwendig, die durch Artikel 14 des EG. zum HGB. vom 10. Mai 1897 vorgenommen wurden; insbesondere fiel der Abschnitt V betreffend das Kommissionsgeschäft weg, dessen Bestimmungen von dem Handelsgesetzbuch übernommen wurden, und es wurden die Bestimmungen über die Kursmakler revidiert.

Während das Gesetz namentlich in seinen organisatorischen Bestimmungen sich im allgemeinen bewährt hat, erwiesen sich die Bestimmungen über den Börsenterminhandel als ein Fehlschlag. Nach längeren Kämpfen kam schließlich unter dem 18. Mai 1908 mit Wirksamkeit vom 1. Juni 1908 die Novelle zum Börsengesetz zustande, die den Charakter eines Kompromisses trägt. Während die die Fondsbörse betreffenden Bestimmungen eine wesentliche Milderung erfuhren, wurden die Bestimmungen über den Getreideterminhandel unter anderem durch Strafandrohungen verschärft.

2. Nach § 1 des BG. bedarf die Errichtung einer Börse der Genehmigung der Landesregierung, die auch befugt ist, die Aufhebung bestehender Börsen anzuordnen[1]. Was unter einer „Börse" zu verstehen ist, wird im Gesetz nicht definiert. Die Frage ist zur gerichtlichen Entscheidung gelangt, als im Zusammenhang mit der Einführung des Börsengesetzes die Berliner Produktenbörse sich auflöste und an ihrer Stelle sich eine freie Vereinigung bildete, deren Mitglieder besondere Versammlungen mit börsenähnlichem Verkehr abhielten. Von der Rechtsprechung wurde diese Versammlung als Börse im Sinne des Gesetzes erklärt (Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 26. November 1898, Samml. 34, 315 ff.). Danach sind Börsen regelmäßig wiederkehrende Versammlungen von Kaufleuten und anderen am Handelsverkehr beteiligten Personen zum Zwecke des Abschlusses von Handelsgeschäften in nicht zur Stelle gebrachten vertretbaren Waren oder Wertpapieren. In dem Umstand, daß nicht individuell bestimmte Waren gehandelt werden, was zur Folge hat, daß diese wiederum nicht zur Stelle gebracht werden müssen, vielmehr, soweit es sich um Waren

[1] Vgl. hierüber und über die folgenden Abschnitte die Kommentare zum Börsengesetz von Nußbaum, 1910, Rehm, Trumpler, Dove, Neukamp, Schmidt-Ernsthausen, Breit (auf Veranlassung des Zentralverbandes des deutschen Bank- und Bankiergewerbes) mit Vorwort von Rießer 1909, Apt, Trumpler, Weißbart, Börsengesetz, 5. Aufl. 1909, Hemptenmacher, 2. Aufl. 1908, Kahn, 2. Aufl. 1909.

handelt, nach Typen bestimmt werden, liegt das wesentliche Unterscheidungsmerkmal vom Markt. Die Börsen dienen ferner dem Abschluß von Geschäften in Waren oder Wertpapieren; Börsen, an denen lediglich Fracht- oder Versicherungsgeschäfte abgeschlossen werden, wie z. B. die Schifferbörse in Duisburg-Ruhrort, sind daher nicht als Börsen im eigentlichen Sinne zu betrachten.

Gegenwärtig bestehen folgende auf Grund des Börsengesetzes von der Landesregierung genehmigte Börsen: Augsburg (Fondsbörse), Berlin (Fonds- und Produktenbörse), Bremen (Fonds- und Produktenbörse), Breslau (Fondsbörse), Chemnitz (Produktenbörse), Coblenz (Produktenbörse), Cöln (Effekten- und Produktenbörse), Danzig (Produktenbörse), Dresden (Fondsbörse), Dresden (Produktenbörse), Duisburg-Ruhrort (Schifferbörse), Düsseldorf und Essen (Montanbörse), Elbing (Produktenbörse), Frankfurt (Fondsbörse), Hamburg (Fonds- und Produktenbörse), Hannover (Fondsbörse), Königsberg (Fonds- und Produktenbörse), Lübeck (Allgemeine Börse und Produktenbörse), Magdeburg (Produktenbörse), Mannheim (Produkten- und Effektenbörse), München (Effektenbörse), Stettin (Produktenbörse), Straßburg (Warenbörse), Stuttgart (Effektenbörse), Stuttgart (Landesproduktenbörse), Stuttgart (Industrie- und Handelsbörse), Zwickau (Effektenbörse).

Was die *Rechtsform der Börsenunternehmung* betrifft, so sind die Börsen in Deutschland Unternehmungen kaufmännischer Vereinigungen. Veranstalter (Inhaber, Unternehmer) der Börse ist entweder die Handelskammer des betreffenden Platzes (so in Bremen, Breslau, Cöln, Essen, Frankfurt a. M., Hamburg, Leipzig, Lübeck, Magdeburg) oder die Korporation der Kaufmannschaft (Berlin, Danzig, Elbing, Königsberg, Stettin), oder ein besonderer rechtsfähiger Verein (Augsburg, Chemnitz, Dresden, München, Produktenbörse Stuttgart) oder Vereinigungen ohne Rechtsfähigkeit (Coblenz, Duisburg, Düsseldorf, Hannover, Mannheim, Effektenbörse Stuttgart, Zwickau). Dem Unternehmer der Börse steht die Verwaltung der Börse im privatrechtlichen Sinne, insbesondere die finanzielle Verwaltung zu, womit das Recht der Festsetzung und Erhebung von Gebühren verbunden ist. Als solche kommen in Betracht: Gebühren für die Zulassung zum Börsenbesuch, für die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel, für die Vermietung von Börsenplätzen oder -räumen usw.

Die Börsen unterstehen der *Staatsaufsicht der Landesregierung*. Der Aufsicht unterliegen auch die auf den Börsenverkehr bezüglichen Einrichtungen wie Kündigungsbureaus, Liquidationskassen, Schiedsgerichte, Sachverständigenkommissionen usw.; Voraussetzung ist aber, daß die betreffende Einrichtung entweder in räumlicher Verbindung mit der Börse steht oder verfassungsmäßig, wenn auch nur stillschweigend, als zur Börse gehörig anerkannt ist. Der Landesregierung obliegt ferner die Bestellung und Entlassung von Kursmaklern. Sie bestimmt über die Befreiung vom Prospektzwang (§§ 38, 40); sie ist berechtigt, nähere Bestimmungen über die Zusammensetzung des Ehrengerichts zu erlassen (§ 9), sowie ergänzende Bestimmungen betreffend die Kursfestsetzung und die Zulassung zum Börsenterminhandel (§§ 44, 35). Endlich kann sie ergänzende Bestimmungen über die Aufgaben der Zulassungsstelle und die Voraussetzung der Zulassung treffen sowie abändernde Bestimmungen über die Kursfeststellung, soweit der Bundesrat von seiner Befugnis hierzu keinen Gebrauch macht (§§ 35, 44).

Als Sachverständigenorgan für das ganze Reich besteht zur Begutachtung der durch das Gesetz der Beschlußfassung des Bundesrats überwiesenen Angelegenheiten der *Börsenausschuß*. Er besteht aus mindestens 30 Mitgliedern, welche vom Bundesrat in der Regel auf je 5 Jahre zu wählen sind (§ 3).

Dem *Bundesrat* ist die Befugnis gegeben, Bestimmungen zu erlassen über die Aufgaben der Zulassungsstelle (§ 44), über die Zulassung zum Börsenterminhandel (§§ 44, 50 Abs. 6, 63, 67). Er kann ferner eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende amtliche Feststellung des Börsenpreises für einzelne Börsen zulassen (§ 35). Börsentermingeschäfte in Anteilen von Bergwerks- oder Fabrikunternehmungen sind nur mit seiner Genehmigung zulässig (§ 63).

Schließlich ist auch der *Reichskanzler* insofern beteiligt, als die Zulassung von Waren zum Börsenterminhandel nur erfolgen kann, wenn er erklärt hat, daß er zu weiteren Ermittlungen keine Veranlassung finde (§ 50 Abs. 3).

Die unmittelbare Aufsicht ist den zuständigen *Handelskammern* bzw. den an ihrer Stelle bestehenden *kaufmännischen Korporationen* in Danzig, Elbing, Königsberg, Stettin übertragen. In den Fällen, wo diese Korporationen gleichzeitig Veranstalter

der Börse sind, ruht also die Verwaltung der Börse in privatrechtlichem Sinne und die Börsenaufsicht in einer Hand.

Die Handhabung der Ordnung in den Börsenräumen obliegt dem Börsenvorstand (§ 8); er hat zu diesem Zwecke eine disziplinarische Strafgewalt, die in Geldstrafen und in der Ausschließung von der Börse besteht. Außerdem obliegt ihm die amtliche Kursfeststellung (§ 29). In den Plätzen, wo die Fonds- und Produktenbörse zu einer einheitlichen Organisation vereinigt sind, wie in Berlin und Hamburg, bestehen besondere Abteilungen des Börsenvorstandes für beide Börsen, so daß dem gesamten Börsenvorstande nur die beide Abteilungen betreffenden Angelegenheiten unterstehen. Über die Wahl des Börsenvorstandes (durch den Börsenunternehmer, die Börsenbesucher oder das aufsichtsführende Handelsorgan) und seine Zusammensetzung enthalten die Börsenordnungen nähere Bestimmungen.

In Anlehnung an eine durch das Österreichische Gesetz vom 1. April 1875 getroffene Einrichtung ist ferner durch das Gesetz die Institution des Staatskommissars geschaffen worden (§ 2). Der Staatskommissar hat als Organ der Landesregierung den Geschäftsverkehr an der Börse zu überwachen, über Mängel und die Mittel zu ihrer Abstellung Bericht zu erstatten. Er ist berechtigt, den Beratungen der Börsenorgane beizuwohnen und diese auf Mißbräuche aufmerksam zu machen. Der Staatskommissar ist also lediglich kontrollierendes Organ. Eine Mitwirkung bei der Börsenleitung oder ein unmittelbares Eingreifen steht ihm, abgesehen von den im Gesetz vorgesehenen Fällen, insbesondere bei dem ehrengerichtlichen Verfahren, nicht zu.

An jeder Börse wird ferner ein Ehrengericht gebildet, das aus der Gesamtheit oder einem Ausschusse des die Börsenaufsicht führenden Organs besteht (§ 9). Das Ehrengericht zieht zur Verantwortung Börsenbesucher, welche im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit an der Börse sich eine mit der Ehre oder dem Anspruch auf kaufmännisches Vertrauen nicht zu vereinbarende Handlung haben zuschulden kommen lassen (§ 10). Der Staatskommissar kann die Einleitung eines ehrengerichtlichen Verfahrens verlangen. Die Strafen bestehen in Verweis sowie zeitweiliger oder dauernder Ausschließung von der Börse. Daneben kann auf vollständigen oder teilweisen Ersatz der durch das Verfahren entstandenen baren Auslagen erkannt werden. Gegen die Entscheidung des Ehrengerichts steht sowohl dem Staatskommissar als dem Beschuldigten die Berufung an die periodisch zu bildende Berufungskammer offen (§ 17 Abs. 1). Dem Ehrengericht unterstehen alle Börsenbesucher, also beispielsweise auch Mitglieder der Presse. Als begutachtendes Organ ist in Fällen, wo ein Einschreiten gegen Mitglieder der Presse in Frage kommt, an der Berliner Börse ein aus drei Vertretern der Presse bestehender Ausschuß gebildet worden.

Zur Erledigung von Streitigkeiten aus an der Börse geschlossenen Geschäften bestehen an den meisten Börsen Schiedsgerichte. Eine Vereinbarung, durch welche die Beteiligten sich der Entscheidung eines Börsenschiedsgerichts unterwerfen, ist nach § 28 des Börsengesetzes nur verbindlich, wenn beide Teile zu den Personen gehören, die die Börsentermingeschäftsfähigkeit besitzen, oder wenn die Unterwerfung unter das Schiedsgericht nach Entstehung des Streitfalles erfolgt. Da die zur Börse zugelassenen Personen die Börsentermingeschäftsfähigkeit besitzen, kommt diese Bestimmung hauptsächlich in Betracht für die Geschäfte, die der Bankier mit dem Publikum abschließt. Solche Geschäfte werden meist nach den Usancen der betreffenden Börsen, an denen das Geschäft auszuführen war, abgeschlossen, und es wird dabei vielfach die Zuständigkeit des betreffenden Börsenschiedsgerichts vereinbart. Die Bestimmung soll zum Schutze des Publikums dienen, das die Tragweite eines im voraus erklärten Verzichts auf richterliche Entscheidung nicht übersehen kann.

Die erwähnte Bestimmung des Börsengesetzes bezieht sich nicht auch auf die gleichfalls an den meisten Börsen bestehenden Einrichtungen von Sachverständigenkommissionen oder eines Sachverständigenkommissars, die nicht über den geltend gemachten Anspruch selbst, sondern über einzelne Vorfragen, z. B. Lieferbarkeit, Auslegung und Anwendung von Usancen usw. entscheiden.

Die sonstigen Börsenorgane, wie Kursmakler, Maklerkammer, Zulassungsstelle, sind an der zugehörigen Stelle zu behandeln.

3. Für jede Börse ist eine Börsenordnung zu erlassen, die der Genehmigung der Landesregierung unterliegt (§ 4). Die Börsenordnung muß Bestimmungen treffen über die

Börsenleitung und ihre Organe, die Geschäftszweige, für welche die Börseneinrichtungen bestimmt sind, die Voraussetzungen der Zulassung zum Besuche der Börse sowie darüber, in welcher Weise die Preise und Kurse zu notieren sind (§ 5).

Was die Zulassung zum Börsenbesuch betrifft, so beschränkt sich das Gesetz darauf, diejenigen Personenkategorien aufzuzählen, welche vom Börsenbesuch ausgeschlossen sind. Es sind dies Frauen, Personen, die nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte sind, die in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkt, wegen einfachen oder betrügerischen Bankerotts rechtskräftig verurteilt oder zahlungsunfähig sind, endlich Personen, die durch ehrengerichtliches Urteil vom Besuche einer deutschen Börse ausgeschlossen sind (§ 7). Die positiven Bestimmungen darüber, welche Personen zur Börse zugelassen werden, sind in den einzelnen Börsenordnungen enthalten.

In Bremen, Hamburg, Lübeck, Magdeburg sind die Börsen öffentlich, d. h. der Zutritt steht jeder nicht vom Börsenbesuch durch das Gesetz ausgeschlossenen Person ohne weitere Formalität frei. Die übrigen Börsen beruhen auf dem Prinzip der individuellen Zulassung. Anspruch auf Zulassung haben entweder alle Personen, gegen die kein gesetzlicher Ausschließungsgrund vorliegt (so Fondsbörse Stuttgart, Stettin, Danzig, Breslau), oder nur Personen, die als Inhaber einer Firma, Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft usw. in das Handelsregister des betreffenden Platzes oder eines Vorortes eingetragen sind (so Berlin, Frankfurt, Cöln, Leipzig, Essen, Düsseldorf, Dresdener Fondsbörse); in Berlin und Frankfurt muß der Antrag außerdem durch 3 bzw. 2 an der Börse seit mindestens 2 Jahren zugelassene Gewährsmänner unterstützt sein. Auf dem Prinzip des englisch-amerikanischen Rechts beruhen die Börsenordnungen von München, Augsburg, Chemnitz, Stuttgart (Landesproduktenbörse), Produktenbörse Dresden, wonach nur die Mitglieder der betreffenden Börsenvereinigungen Zutritt zur Börse haben. Zugelassen werden in der Regel keine Firmen, sondern nur die einzelnen Inhaber bzw. Vorstandsmitglieder usw. und deren Angestellte. Mit der Zulassung zum Börsenbesuch ist das Recht auf Benutzung der Börseneinrichtungen, insbesondere auch die Teilnahme am Börsenverkehr, verbunden. Daneben gestatten aber die meisten Börsenordnungen auch gewissen Personen, z. B. Berichterstattern der Presse, Hilfspersonen des Börsenverkehrs, den Zutritt zur Börse ohne die Berechtigung zur Teilnahme am Börsenhandel. Die zum Besuch der Börsen berechtigten Personen haben auch Anspruch auf Zulassung ihrer kaufmännischen Angestellten; diese dürfen jedoch nur im Namen und für Rechnung ihrer Dienstherren am Geschäftsverkehr teilnehmen.

II. Feststellung des Börsenpreises und Maklerwesen.

1. Die Feststellung des Börsenpreises im allgemeinen.

Da der Börsenpreis nicht nur für Geschäfte an der Börse von Bedeutung, sondern auch für zahlreiche außerhalb der Börse geschlossene Geschäfte, besonders im Kommissionsverkehr, maßgebend ist, so hat das Gesetz den Vorschriften über die Kursfeststellung besondere Aufmerksamkeit zugewandt. Bei den verschiedenen Verhältnissen an den einzelnen Börsen konnte freilich eine einheitliche Regelung nicht getroffen werden.

Daß eine amtliche Feststellung des Börsenpreises stattfinden muß, ist im Gesetz nicht vorgeschrieben. Der Bundesrat kann allerdings gemäß § 35 Ziff. 2 eine amtliche Feststellung des Börsenpreises für bestimmte Waren allgemein oder für einzelne Börsen vorschreiben. Ein indirekter Zwang besteht insofern, als durch HGB. § 400 das Recht des Kommissionärs, einen Auftrag zum Ankauf oder Verkauf von Wertpapieren durch Selbsteintritt auszuführen, von dem Vorhandensein einer amtlichen Feststellung des Börsenpreises für diese Wertpapiere abhängig gemacht ist. In negativer Beziehung ist dagegen bestimmt, daß in Wertpapieren, deren Zulassung zum Börsenhandel verweigert oder nicht nachgesucht ist, eine amtliche Feststellung des Börsenpreises nicht erfolgen darf (§ 43). Das gleiche gilt für die Feststellung des Preises bei Termingeschäften in Waren oder Wertpapieren, in denen der Börsenterminhandel verboten ist, oder deren Zulassung zum Börsenterminhandel endgültig verweigert oder zurückgenommen ist (§ 51).

Soweit eine amtliche Feststellung des Börsenpreises ausgeschlossen ist, dürfen auch keine privaten Kursnotizen veröffentlicht werden. An den Fondsbörsen findet eine amtliche Notierung gewöhnlich statt für Geschäfte in Wertpapieren, Geldsorten und Wechseln. Nicht amtlich notiert wird der Privatdiskont. In Frankfurt a. M. werden auch Prämien sowie durch eine besondere Kommission unter Aufsicht des Börsenvorstandes die Zinssätze im Reportgeschäft notiert. In Hamburg erfolgt eine amtliche Kursfeststellung für den Handel in Wertpapieren, Wechseln, Geld und Edelmetall sowie für den Terminhandel in Spiritus, Kaffee, Zucker, Baumwolle. In Bremen findet für Waren eine amtliche Kursfeststellung überhaupt nicht statt.

Auch darüber, welches Verfahren bei der Kursfeststellung anzuwenden ist, enthält das Gesetz keine näheren Bestimmungen. Bestimmt ist nur in materieller Hinsicht, daß als Börsenpreis derjenige Preis festzusetzen ist, welcher der wirklichen Geschäftslage des Verkehrs an der Börse entspricht (§ 29 Abs. 3).

An den Fondsbörsen von Berlin und Frankfurt a. M. werden zwei Arten von Kursen notiert, die Einheitskurse im Kassaverkehr und die festen Kurse im Termingeschäft. Der Einheitskurs besteht darin, daß alle den Kursmaklern erteilten Aufträge bis zu dem Moment der Kursfeststellung (1½—2 Uhr, an Samstagen 1—1½ Uhr) in Schwebe bleiben und dann kompensiert werden, wobei aus den limitierten Kauf- und Verkaufaufträgen derjenige Kurs festgestellt wird, zu dem die meisten Kauf- und Verkaufaufträge ausgeführt werden können [1]. Dagegen werden im spekulativen Verkehr also hauptsächlich im Zeitgeschäft (abgesehen von dem Anfangskurs), die einzelnen Geschäfte sogleich fest abgeschlossen. Es gelangen daher die Kurse für die einzelnen abgeschlossenen Geschäfte bzw. die Kurse zur Notierung, die den Verlauf der Marktbewegung kennzeichnen (erster, niedrigster, höchster, letzter Kurs).

Die Unterscheidung von Einheitskurs und festen Kursen ist für den Börsenverkehr von großer Bedeutung. Bei der Feststellung des Einheitskurses kommt es zu einer sogenannten vorbereitenden Kursfestsetzung, d. h. die Interessenten versammeln sich kurz vor der Kursfestsetzung in einer Gruppe um den Kursmakler, um die Feststellung des Kurses zu überwachen und durch Erteilung von Kauf- und Verkaufsaufträgen auf die Kursfeststellung einzuwirken. Der Einheitskurs entspricht den Bedürfnissen des Kommissionsverkehrs; er konzentriert Kauf- und Verkaufsangebot, was besonders bei Papieren mit geringem Geschäft von Wichtigkeit ist, fixiert in einwandfreier Weise den Kurs, der im Kommissionsverkehr dem Publikum von seiten des Bankiers in Rechnung gestellt wird, und ermöglicht so eine gleichmäßige Bedienung des Publikums seitens der verschiedenen Bankiers. Dagegen dienen die festen Kurse im Zeitgeschäft dem spekulativen Verkehr, indem sie eine bessere Ausnützung der Kursschwankungen ermöglichen, so daß ein Engagement unter Umständen noch während der gleichen Börse, an der es eingegangen wurde, glattgestellt werden kann.

An den übrigen Börsen sowie an den Warenbörsen werden meist feste Kurse notiert. An einer Reihe von Börsen besteht nach amerikanischem Vorbild ein „call“ oder Auktion genanntes Verfahren, wonach von den betreffenden Maklern nach Art einer Auktion der zuletzt notierte Preis ausgerufen und der Börsenpreis festgestellt wird auf Grund der Zurufe aus dem Kreis der Interessenten, die höhere oder niedrigere Angebote abgeben (so im Warenterminhandel in Hamburg und im Magdeburger Zuckerterminhandel, in Dresden und Essen-Düsseldorf). An der Hamburger Fondsbörse geschieht die Kursfeststellung im Wege des sogenannten Briefkastenverfahrens, indem es jedem einzelnen Kontrahenten überlassen bleibt, einen Zettel unter Angabe des Kurses in einen dafür bestimmten Kasten zu werfen. An der Mannheimer Fondsbörse verliest ein Mitglied des Börsenvorstandes den Kurszettel und stellt die bei jedem einzelnen Effekt erfolgten Abschlüsse fest. In das Börsenbuch sind alle an der Börse abgeschlossenen Geschäfte einzutragen und die Eintragungen durch das Vorstandsmitglied zu unterzeichnen.

---

[1] Beispiel eines Einheitskurses:

Verkaufsaufträge:	Kaufaufträge:
Mk. 30 000 bestens	Mk. 10 000 bestens,
Mk. 10 000 nicht unter 98,75	Mk. 15 000 nicht über 99,20
Mk. 10 000 nicht unter 99,—	Mk. 25 000 nicht über 99,—
Mk. 30 000 nicht unter 99,20	Mk. 10 000 nicht über 98,90.

Der Kurs wird in diesem Falle 99.— bez.

Als Börsenpreis im eigentlichen Sinne ist nur ein Kurs anzusehen, zu welchem Geschäfte wirklich abgeschlossen worden sind, was durch den Zusatz „bezahlt" im Kursblatt ausgedrückt wird. Soweit ein Geschäftsabschluß nicht stattgefunden hat, werden die etwaigen Kauf- bzw. Verkaufangebote („Geld" bzw. „Brief") notiert. Ausnahmsweise findet an Stelle von bezahlten Kursen eine gleichzeitige Notierung von Brief- und Geldkursen in einer usancemäßig bestimmten Spannung für bestimmte Geschäftszweige, z. B. Geldsorten und Banknoten, statt (so in Frankfurt a. M.). Der bezahlte Kurs liegt hier in der Mitte. An der Börse Essen-Düsseldorf werden nur Geld- und Briefkurse notiert. Sind Geschäfte nicht zustande gekommen, und liegen auch keine Kauf- bzw. Verkaufangebote vor, so wird der Kurs „gestrichen". Im Handel mit Wertpapieren werden Bruchteile von Prozenten, abgesehen von 0,25 und 0,75, nur in Zehnteln, im Zeitgeschäft in Achteln notiert.

Durch die Bekanntmachung des Bundesrats vom 21. November 1912, betreffend die Feststellung des Börsenpreises von Wertpapieren, sind verschiedene einheitliche Grundsätze in bezug auf die Kursnotierung festgestellt worden. Danach werden die Kurse im allgemeinen nach Prozenten des Nominalbetrages festgestellt. Die Umrechnungssätze für Wertpapiere in ausländischer Währung sind einheitlich für alle deutschen Börsen bestimmt. Der Käufer hat ferner dem Verkäufer bei festverzinslichen Wertpapieren die Stückzinsen zu vergüten, die nach dem Zinsfuß des betreffenden Papiers berechnet werden. Der Dividendenschein von inländischen Aktien wird am zweiten Werktag nach dem Tag der Generalversammlung, in welcher die Dividende festgestellt wurde, vom Stück getrennt. Bei den ausländischen Aktien wird er erst dann vom Stück getrennt, wenn er zur Auszahlung gelangt.

Das Gesetz geht davon aus, daß die Feststellung des Börsenpreises unter Mitwirkung von Kursmaklern als Hilfspersonen erfolgt (§ 30). An denjenigen Börsen, wo Kursmakler nicht bestehen, wird diese Tätigkeit durch besondere Vertrauenspersonen ausgeübt, als welche von den betreffenden Börsenbehörden entweder freie Makler oder sonstige Börsenbesucher bestellt werden. Das im einzelnen zur Anwendung kommende Verfahren ist bei den einzelnen Börsen sehr verschieden.

Die Feststellung des Börsenpreises geschieht nach Vorschrift des Gesetzes durch den Börsenvorstand, soweit nicht die Börsenordnung die Mitwirkung von Vertretern einzelner Berufszweige vorschreibt (§ 29), was namentlich für landwirtschaftliche Produkte vielfach geschehen ist. Auch von dieser Vorschrift sind übrigens Ausnahmen bestimmt worden, z. B. für Frankfurt a. M., wo die Kursfeststellung durch die Maklerkammer erfolgt.

2. Kursmakler und freie Makler.

Das Gesetz geht davon aus, daß bei der Feststellung des Börsenpreises Kursmakler als Hilfspersonen mitwirken. Bei einer Reihe von Börsen (Hamburg, Bremen, Lübeck, Leipzig Abteilung für Produkte, Mannheim, Magdeburg, Chemnitz, Danzig, Koblenz, Stettin, Straßburg, Zwickauer, Dresdener und Stuttgarter Produktenbörse) ist jedoch von der Bestellung von Kursmaklern Abstand genommen worden. Die Kursmakler werden von der Landesregierung bestellt und beeidigt. Sie sind Handelsmakler im Sinne der §§ 93—104 des Handelsgesetzbuchs. Durch das Börsengesetz sind sie insofern privilegiert, als die von ihnen abgeschlossenen Geschäfte Anspruch auf Berücksichtigung bei der Kursfeststellung haben (§ 31); ein Recht auf ausschließliche Vermittelung haben die Kursmakler jedoch nicht. Im Interesse ihrer Unparteilichkeit ist ihnen die Verpflichtung auferlegt, in denjenigen Papieren bzw. Waren, in welchen ihnen von den Börsenbehörden die Vermittelung übertragen ist — jedes Papier wird bei der Zulassung zum Börsenhandel gewöhnlich einer Gruppe von 2 Kursmaklern zur Vermittelung des Geschäfts und zur amtlichen Notierung zugewiesen —, nur insofern für eigene Rechnung oder in eigenem Namen Geschäfte abzuschließen, als dies zur Ausführung der ihnen erteilten Aufträge nötig ist. Auch dürfen sie sich nicht an einem sonstigen Handelsgewerbe beteiligen; doch hat die Landesregierung von dieser Bestimmung für eine Reihe von Börsen Ausnahmen zugelassen (§ 32). Ihre gesetzliche Vertretung finden die Kursmakler in der Maklerkammer (§ 30 Abs. 2).

Im Gegensatz zu den Kursmaklern werden die nicht amtlich bestellten Börsenmakler auch „freie Makler" genannt. Als „Aufgabemakler" werden hierbei diejenigen Makler bezeichnet, die das aufgetragene Geschäft in der Regel nicht im eigenen Namen abschließen, sondern nur zwischen den Kontrahenten vermitteln, wobei sie, wenn sie noch keinen Gegenkontrahenten gefunden haben, sich die Aufgabe desselben vorbehalten (vgl. HGB. § 95). Die sogenannten „Propremakler", welche die Geschäfte im eigenen Namen abschließen, üben zwar wirtschaftlich gleichfalls eine Vermittlungstätigkeit aus, können jedoch im Rechtssinne nicht als Makler bezeichnet werden, da sie die Geschäfte in der Regel als Selbstkontrahenten abschließen. Die Propremakler vereinigen sich vielfach zu Gesellschaften, insbesondere kommt die Form der offenen Handelsgesellschaft sowie der Aktiengesellschaft vor, als welche die Maklerbank in Berlin und die Maklerbank in Hamburg bestehen. Der Geschäftsverkehr, welcher sich nicht durch Vermittlung der amtlich bestellten Makler vollzieht, wird auch „freier Verkehr" genannt. Unter dem Ausdruck „Coulisse" versteht man die kleine Börsenspekulation, auch Tagesspekulation genannt, also insbesondere die freien Makler und die als Eigenhändler auftretenden Bankiers. Der Ausdruck „Coulisse" stammt von der Pariser Börse, wo den vereidigten Maklern (agents de change) ein besonderer Raum in der Börse, das sogenannte Parkett, zugewiesen ist im Gegensatz zu den kulissenartigen Seitenräumen, wo sich die freien Makler befinden. Unter „Remissiers" versteht man Vertreter (Agenten) von ausländischen Börsenfirmen, welche für diese Aufträge an der betreffenden Börse sammeln.

III. Die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel.

1. Voraussetzungen der Zulassung. Schon vor Erlaß des Börsengesetzes haben die Börsenbehörden an den großen Börsen Bestimmungen getroffen, wonach die Einführung neuer Wertpapiere an der Börse von einem Beschluß der Börsenbehörde abhängig war und zur Voraussetzung hatte, daß ein Prospekt veröffentlicht wurde, in welchem die Merkmale des Papiers und die zu seiner Beurteilung erforderlichen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse angegeben wurden. Das Börsengesetz hat an diese Einrichtung angeknüpft und sie weiter ausgebaut.

Für die Zulassung müssen zunächst eine Reihe von allgemeinen Voraussetzungen erfüllt sein, die im Gesetz und in der auf Grund des § 44 des Börsengesetzes erlassenen Bundesratsbekanntmachung, betreffend die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel, vom 4. Juli 1910 aufgeführt sind. Danach wird insbesondere verlangt ein gewisser Mindestbetrag der Emission (bei Aktien und Schuldverschreibungen für Berlin, Frankfurt a. M. und Hamburg 1 Million Mark, bei den übrigen Börsen ½ Million Mark, bei Wertpapieren, die nicht auf einen Geldbetrag gestellt sind — Kuxe, Genußscheine usw. — mindestens 1000 Stück). Anteile einer ausländischen Gesellschaft, die auf weniger als 1000 Mark gestellt sind, dürfen nur mit Genehmigung der Landesregierung zugelassen werden. Die Wertpapiere müssen in der Regel vollgezahlt sein, und es müssen bestimmte Verpflichtungen übernommen werden (Auszahlung der Zinsen oder Gewinnanteile an einem deutschen Börsenplatz; bei Aktien von Kreditbanken Veröffentlichung von Zweimonatsbilanzen usw.). Nach dem Gesetz (§ 41) dürfen ferner die Aktien eines zur Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien umgewandelten Unternehmens erst nach Ablauf eines Sperrjahres von der Eintragung in das Handelsregister und der Veröffentlichung der ersten Jahresbilanz an gerechnet zugelassen werden.

Die Zulassung zum Börsenhandel hat ferner zur Voraussetzung, daß ein entsprechender Antrag bei der Zulassungsstelle der betreffenden Börse gestellt wird. Der Antrag muß von einer an der betreffenden Börse vertretenen öffentlichen Bankanstalt, Privatbank oder Bankfirma gestellt sein (§ 5 der Bundesratsbekanntmachung).

Voraussetzung der Zulassung ist endlich die Veröffentlichung eines Prospektes, dessen Inhalt der Genehmigung der Zulassungsstelle unterliegt. Der Prospekt muß alle für die Beurteilung des betreffenden Papiers wesentlichen Angaben enthalten (§ 38 Abs. 2). Der Prospekt hat aber nicht bloß die Bedeutung als Informationsmittel, sondern er ist zugleich die Grundlage einer besonderen Haftung. Diejenigen nämlich, welche den Prospekt erlassen haben

(die betreffende Gesellschaft, das Emissionshaus), sowie diejenigen, von denen der Erlaß des Prospektes ausgeht (die Urheber, z. B. Vorstandsmitglieder der betreffenden Gesellschaft) haften als Gesamtschuldner dem Besitzer des Wertpapiers für unrichtige Angaben im Prospekt, wenn sie die Unrichtigkeit gekannt haben oder ohne grobes Verschulden hätten kennen müssen, sowie für Unvollständigkeit des Prospektes, wenn diese auf böswilligem Verschweigen oder böswilliger Unterlassung ausreichender Prüfung beruht (§ 45 [1]). Der Ersatzpflichtige kann der Ersatzpflicht dadurch genügen, daß er das Wertpapier gegen Erstattung des von dem Besitzer nachgewiesenen Erwerbspreises oder desjenigen Kurswertes übernimmt, den die Wertpapiere zur Zeit der Einführung hatten (§ 46 Abs. 2). Der Ersatzanspruch kann also nur geltend gemacht werden, wenn der Geschädigte zur Zeit der Erhebung des Anspruchs noch im Besitz des betreffenden Wertpapiers ist.

2. *Die Zulassungsstelle.* Die *Aufgabe der Zulassungsstelle* ist eine dreifache. Es unterliegt ihr die *formelle Nachprüfung* der auf die Emission bezüglichen Unterlagen: sie hat die Vorlegung der Urkunden zu verlangen, welche die Grundlage für die zu emittierenden Wertpapiere bilden, und diese Urkunden zu prüfen. Ferner obliegt ihr eine *Informationspflicht*: sie hat dafür zu sorgen, daß das Publikum (in dem zu veröffentlichenden Prospekt) über alle zur Beurteilung der zu emittierenden Wertpapiere notwendigen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse so weit als möglich informiert wird, und bei Unvollständigkeit der Angaben die Emission nicht zuzulassen. Endlich hat sie in gewissem Umfange auch eine *materielle Prüfung* der Emission vorzunehmen, selbstverständlich ohne daß sie dadurch eine Gewähr für die Bonität übernimmt. Sie darf nämlich Emissionen nicht zulassen, wenn der Zulassung Bedenken örtlicher Natur oder wichtige wirtschaftliche Bedenken entgegenstehen, oder wenn der Zulassungsstelle Umstände bekannt sind, die eine erhebliche Benachteiligung der Erwerber der Wertpapiere oder eine Gefährdung erheblicher allgemeiner Interessen befürchten lassen (§ 36 in Verbindung mit der Bekanntmachung des Bundesrats vom 4. Juli 1910, § 14).

Ob die Zulassungsstelle die Zulassung auch aus anderen als den im Gesetz angegebenen Gründen ablehnen darf, mit anderen Worten, ob bei Fehlen gesetzlicher Hinderungsgründe ein Anspruch auf Zulassung besteht, ist bestritten. Das letztere dürfte anzunehmen sein. Die Zulassungsstelle darf die Emission aber ohne Angabe von Gründen ablehnen (§ 36 Abs. 4).

Wird ein Antrag abgelehnt, so ist dies den Zulassungsstellen der übrigen deutschen Börsen mitzuteilen und dabei anzugeben, ob die Ablehnung mit Rücksicht auf die örtlichen Verhältnisse oder aus anderen Gründen erfolgt ist. In letzterem Falle darf die Zulassung von einer anderen Börse nur mit Zustimmung derjenigen Stelle erteilt werden, welche die Zulassung abgelehnt hat (§ 37). Das Beschwerdeverfahren gegen die Beschlüsse der Zulassungsstelle ist in den Börsenordnungen geregelt. Zumeist ist, wenn ein Zulassungsantrag abgelehnt ist, Beschwerde an die Handelskammer zulässig. Aber auch, wo ein Beschwerdeweg nicht vorgesehen, ist die allgemeine Aufsichtsbeschwerde zulässig. Die Regierung kann danach aus den im Gesetz vorgesehenen Gründen einen Zulassungsbeschluß aufheben; dagegen kann sie nicht selbst die Zulassung beschließen.

Über die Wahl bzw. Zusammensetzung der Zulassungsstelle enthalten die verschiedenen Börsenordnungen nähere Bestimmungen. An den meisten Börsen wird die Zulassungsstelle durch die betreffende Handelskammer gewählt. Damit auch das Interesse des Publikums in der Zulassungsstelle Vertretung finde, ist bestimmt, daß die Zulassungsstelle mindestens zur Hälfte aus Personen bestehen muß, die sich nicht berufsmäßig am Börsenhandel mit Wertpapieren beteiligen (§ 36).

Für Wertpapiere, deren Zulassung zum Börsenhandel verweigert oder nicht nachgesucht ist, darf eine amtliche Feststellung des Preises nicht erfolgen. Solche Geschäfte dürfen von

[1] Die Voraussetzungen für die Haftung der Emissionshäuser sind vom Gesetze sehr vorsichtig formuliert. Die Rechtsprechung hat aber die Tendenz, durch entsprechende tatsächliche Würdigung des Einzelfalls nach der Seite hin, ob ein grobes Verschulden anzunehmen ist, die Anwendbarkeit der verklausulierten Gesetzesbestimmung in der Praxis zu ermöglichen. Vgl. Urteil des Kammergerichts vom 15. Januar 1912, Bankarchiv 1912 S. 190 u. Urteil des Reichsgerichts Bd. 80 S. 196 ff.

den Kursmaklern nicht vermittelt werden, auch dürfen für sie private Preislisten nicht veröffentlicht oder in mechanisch hergestellter Vervielfältigung verbreitet werden (§ 43).

3. Befreiung von den Bestimmungen über die Zulassung. Von den Bestimmungen über die Zulassung sind ausgenommen deutsche Reichs- und Staatsanleihen, die ohne weiteres an jeder Börse zum Börsenhandel zugelassen sind (§ 39). Zum Zweck der Einführung an der Börse sind dem Börsenvorstand lediglich die Merkmale der einzuführenden Wertpapiere mitzuteilen. Die Veröffentlichung eines Prospektes ist nicht erforderlich. Das gleiche gilt für Schuldverschreibungen, deren Verzinsung und Rückzahlung von dem Reiche oder einem Bundesstaate gewährleistet ist, für kommunale Schuldverschreibungen und für Schuldverschreibungen einer unter Staatsaufsicht stehenden Pfandbriefanstalt, in diesen Fällen jedoch unter der Voraussetzung, daß die Landesregierung angeordnet hat, daß es der Einreichung eines Prospektes nicht bedarf (§ 40). Die Prospektbefreiung pflegt von der Landesregierung nur gewährt zu werden unter der Bedingung der Veröffentlichung einer Bekanntmachung, deren Inhalt dem eines Prospektes entspricht. In allen Fällen der §§ 39 und 40 ist die Zulassungsstelle ausgeschaltet. Es kann sich hierbei nur um die Prüfung der Frage handeln, ob die Voraussetzung für die Benutzung der Börseneinrichtungen, insbesondere die amtliche Notierung, bei solchen Papieren vorliegt, und diese Prüfung ist Sache des Börsenvorstandes.

IV. Die Börsengeschäfte.

1. Die Börsenusancen.

Für die in den Börsenstunden konzentrierten lebhaften Geschäftsumsätze ist die möglichste Gleichartigkeit der einzelnen abgeschlossenen Geschäfte notwendige Voraussetzung. Zu diesem Zweck und im Interesse einer glatten Abwicklung des Geschäfts bestehen an den meisten Börsen im voraus festgesetzte Geschäftsbedingungen, sogenannte Usancen. Sie sind meist schriftlich fixiert, werden von den Börsenbehörden festgesetzt (offizielle Usancen) und gelten für alle an der Börse abgeschlossenen Geschäfte, soweit die Parteien nichts anderes verabredet haben (vgl. Berliner Bedingungen Eingangssatz, Frankfurter Bedingungen § 1). Immerhin sind abweichende Vereinbarungen selten. Die Börsenbesucher können auch verpflichtet werden, sich den Usancen zu unterwerfen (so Frankfurter Börsenordnung § 2 Abs. 3). Auch werden bei der Kursnotierung Geschäfte, welche von den Usancen abweichen, in der Regel nicht berücksichtigt. Die Bedeutung der Usancen erstreckt sich übrigens auch auf den Verkehr des Bankiers mit dem Publikum, da hier regelmäßig die Anwendbarkeit der Usancen der betreffenden Börse, an welcher das Geschäft abgeschlossen werden soll, vereinbart wird. An den größeren Börsen sind die Usancen meist kodifiziert, d. h. sie enthalten die Bestimmungen für alle in Betracht kommenden Geschäftsarten in geordneter Zusammenstellung. Für die Produktenbörsen sind die Usancen in der Regel für die einzelnen in Betracht kommenden Geschäftszweige besonders festgestellt. Mit Rücksicht darauf, daß hier die Bedingungen vielfach auf dem zwischen den Parteien gewechselten Schlußschein aufgedruckt sind, werden die Usancen auch als „Schlußschein" bezeichnet (z. B. Berliner Schlußschein für Roggen).

2. Die Geschäfte der Fondsbörse.

Gegenstand des Handels an den deutschen Fondsbörsen sind in der Hauptsache (vgl. BO. für Berlin § 12 Nr. 1, BO. für Frankfurt § 1 Abs. 1):

a) Münzen (Geldsorten), Edelmetalle, Banknoten, Papiergeld;

b) Wechsel, Schecks, Anweisungen, Auszahlungen.

c) sonstige Börsenwerte, insbesondere Effekten, Zins- und Gewinnanteilscheine.

Der Ankauf von fremden Goldmünzen, Banknoten und Papiergeld geschieht hauptsächlich zu dem Zwecke der effektiven Zahlung von Forderungen in ausländischer Währung, des Geldwechselgeschäftes usw., der Ankauf von Goldmünzen oder Goldbarren insbesondere von den Notenbanken der verschiedenen Länder als währungspolitische Maßnahme, aber auch, und zwar in

großem Maßstab, von Privaten zur gewerblichen Verwendung. Auch für diese Geschäftszweige erfolgt eine amtliche Notiz (pro Stück bzw. Kilogramm). Für Wechsel und Schecks erfolgt die Notierung, soweit es sich um im Ausland in der betreffenden ausländischen Währung zahlbare Wechsel (Devisen) und Schecks handelt, in Prozenten des Nominalbetrages. Von großer Bedeutung ist auch der Ankauf und Verkauf von inländischen Wechseln, der sogenannten Privatdiskonten. Unter Privatdiskonten versteht man die Akzepte erster Banken und Bankiers. Solche Wechsel werden zum Nominalbetrag gehandelt unter Abzug der Zwischenzinsen bis zur Fälligkeit, des sogenannten Privatdiskonts, der niedriger ist als der offizielle Reichsbanksatz. Der Privatdiskontsatz wird nicht amtlich notiert.

Eine besondere Erwähnung verdienen die Arbitragegeschäfte, d. h. Geschäfte, die geschlossen werden in der Absicht, Gewinn zu erzielen aus der Verschiedenheit der Kurse, welche für den Gegenstand des Geschäfts zu einer bestimmten Zeit an verschiedenen Börsenplätzen bestehen. Derartige Geschäfte sind in sämtlichen oben angeführten Geschäftszweigen möglich. Man unterscheidet insbesondere die Edelmetall- und Münz-, die Wechsel- und die Effektenarbitrage. Indem die Arbitrageure an dem einen Börsenplatz, wo der Kurs niedriger ist, kaufen und gleichzeitig an dem anderen Börsenplatz, wo der Kurs höher ist, verkaufen, tragen sie zur Ausgleichung der Kurse an den verschiedenen Börsenplätzen bei und erfüllen eine volkswirtschaftlich wichtige Tätigkeit. Mit Rücksicht hierauf hat das Reichsstempelgesetz für solche Geschäfte eine Ermäßigung des Schlußnotenstempels im Rückvergütungswege vorgesehen. Da besonders im Effektenverkehr die Kurse fortwährend schwanken, so ist rasche Verständigung, die meist auf telephonischem Wege erfolgt, erforderlich. Zum Zwecke der Ausführung der Transaktionen an der auswärtigen Börse geht der Arbitrageur eine sogenannte Metaverbindung ein, d. h. er sucht sich einen Gesellschafter, mit dem er Gewinn und Verlust zur Hälfte teilt. Das Arbitragegeschäft ist besonders kompliziert, weil dabei eine Reihe von vielfach wechselnden Faktoren zu berücksichtigen sind, eine genaue Kenntnis der an den verschiedenen Börsenplätzen bestehenden Usancen erforderlich und die Umrechnung der auswärtigen Kurse in Verbindung mit der Notwendigkeit rascher Entschließung häufig sehr schwierig ist. Zu berücksichtigen sind bei der Münz- und Edelmetallarbitrage besonders der Feingehalt, Gewichtsverlust, Prägesatz, Probiergebühr, Versand- und Versicherungskosten, Zinsverluste; bei der Wechselarbitrage Zinsen, Respekttage, Stempel, Versand- und Einzugskosten; beim Effektenverkehr die Kursumrechnung, Lieferungsfristen, Lieferbarkeit, Stempel- und Steuergesetzgebung.

Einen umfangreichen Geschäftszweig bilden an der Börse ferner die Gelddarlehen. Je nach dem Kündigungstermin unterscheidet man „tägliches Geld", das von beiden Seiten täglich kündbar ist, „Ultimogeld" (von einem Ultimo auf den nächsten) und Darlehen auf beliebige feste Termine. Die Gewährung von Gelddarlehen geschieht stets gegen Unterlage, meist von Wertpapieren, in geringerem Umfange auch von Wechseln. Die Rechtsform, in der die Geschäfte abgeschlossen werden, ist das Lombardgeschäft und das Reportgeschäft (s. hierüber u. S. 218 ff.).

3. Die Geschäfte der Produktenbörse.

An den Produktenbörsen sind zwei Kategorien von Geschäften zu unterscheiden: auf der einen Seite die Loko-, Import- und Exportgeschäfte und auf der anderen Seite die Termingeschäfte. Bei den Lokogeschäften wird eine individuell bestimmte Ware nach Muster gekauft; diese Geschäfte sind daher keine Börsengeschäfte im eigentlichen Sinne, sondern Marktgeschäfte. Sie werden entweder auf sofortige Erfüllung (d. h. am folgenden Werktage) oder auf einen späteren Termin abgeschlossen. Import- und Exportgeschäfte werden stets auf spätere Termine abgeschlossen; auch wird hier gewöhnlich nicht eine individuell bestimmte Ware, sondern eine typenmäßig oder auf andere Weise (z. B. Festsetzung des Normalgewichts pro Liter) bestimmte Durchschnittsqualität gehandelt. Als Termingeschäfte sind diese Geschäfte aber deswegen nicht anzusehen, weil sie nicht in bestimmten Mindestquanten, sondern in individuell verschiedenen Quantitäten abgeschlossen werden, und weil ihnen die besondere Technik der Abwickelung, wie sie für das Termingeschäft charakteristisch ist, fehlt. Loko-, Import- und Exportgeschäfte werden im Gegensatz zu den Termingeschäften auch Effektivgeschäfte genannt [1].

[1] Näheres Fuchs, Warenterminhandel, Leipzig 1891; Wiedenfeld, Organisation des deutschen Getreidehandels, Jahrb. f. Gesetzgebung, Verwaltung u. Volkswirtschaft 1900 S. 185 ff.; Friedrichowicz, Technik des internationalen Getreidehandels, Berlin 1908: Jöhlinger, Praxis des Getreidegeschäftes 1910

4. Zeit- und Kassegeschäfte.

a) Kassegeschäfte.

Je nachdem die Erfüllung des Geschäftes sogleich nach Vertragsabschluß oder zu einer späteren Zeit zu erfolgen hat, unterscheidet man Kasse- und Zeitgeschäfte[1]. Solche Geschäfte sind begrifflich in allen oben angegebenen Geschäftszweigen der Fondsbörse möglich, in der Hauptsache handelt es sich dabei aber um Geschäfte in Effekten. Die Erfüllung der Kassegeschäfte erfolgt ebensowenig wie die der Zeitgeschäfte an der Börse selbst, vielmehr sind in allen Fällen die verkauften Wertpapiere usw. dem Käufer gegen Zahlung des Kaufpreises in dessen Geschäftslokal abzuliefern (Berliner Bedingungen §§ 2, 3, Frankfurt § 9 Abs. 1). An den größeren Plätzen bestehen besondere Institute, welche sich speziell mit dem Inkassoverkehr befassen, wie in Berlin die Bank des Berliner Kassenvereins, in Frankfurt die Frankfurter Bank. Hier werden die betreffenden Werte bei der Bank eingeliefert, die bei dem Käufer den Rechnungsbetrag einzieht. Soweit die Beteiligten bei der Bank des Berliner Kassenvereins ein Giroeffektenkonto besitzen, kann die Lieferung durch Übertragung mittels (roten) Effektenschecks erfolgen. Die Erfüllungszeit bei Kassegeschäften ist verschieden, je nachdem es sich bei dem Geschäft um Geldsorten, Wechsel, Papiergeld oder um Wertpapiere, Zins- und Gewinnanteilscheine handelt. Bei ersteren drei Haftungen hat die Erfüllung noch am Nachmittage des Abschlußtages, bei letzteren erst am Vormittage des folgenden Werktages zu erfolgen (Berliner Bedingungen § 13, Frankfurter § 4). Ein wichtiger Unterschied zwischen Kasse- und Zeitgeschäften besteht in der Normierung der Verzugsfolgen. Für Kassegeschäfte sind diese nämlich im Anschluß an § 326 BGB. dahin geregelt, daß der nicht säumige Teil, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten will, dem anderen Teil eine angemessene Nachfrist setzen muß[2].

b) Zeit(Termin)-geschäfte[1].

α) Die Abwickelung (Liquidation, Regulierung) der Zeitgeschäfte.

Das Wesen des Zeitgeschäfts besteht darin, daß die Kontrahenten sich gegenseitig die von ihnen zu bewirkenden Leistungen bis zu einem späteren Termin kreditieren. Beiden Kontrahenten wird dadurch die Möglichkeit gegeben, zwischenzeitliche Preisschwankungen zu benützen: Der Käufer kann bis zu dem Termin die gekaufte Ware weiter verkaufen, der Verkäufer kann die „in blanco" verkaufte Ware bis dahin „eindecken". Die besonderen Einrichtungen, welche für das börsenmäßige Zeitgeschäft, „das Börsentermingeschäft", an den verschiedenen Börsen bestehen, ermöglichen nun, daß die Erfüllung des Geschäfts unmittelbar zwischen denjenigen, die lediglich gekauft bzw. verkauft haben (erste Verkäufer bzw. letzte Käufer) erfolgt, so daß für die Zwischenglieder der Kette lediglich die Differenz von Einkaufs- und Verkaufspreis in Betracht kommt. Es muß also bei dem Börsentermingeschäft der Käufer nicht unbedingt die Mittel zur Bezahlung des gesamten Kaufpreises, der Verkäufer nicht unbedingt die Mittel zur Beschaffung der vorverkauften Waren aufbringen. Darin liegt andererseits aber die Gefahr des Börsentermingeschäfts, denn es wird dadurch auch weniger kapitalkräftigen Kreisen ermöglicht, am Handel bzw. an der Spekulation teilzunehmen. Dazu kommt ein weiterer Umstand, der die Zeitgeschäfte für die Zwecke der Spekulation besonders geeignet macht: die Geschäfte werden in gewissen Mindestbeträgen und einem Vielfachen hiervon abgeschlossen; im Warenverkehr wird

[1] Zeitgeschäft im Rechtssinne ist jeder gegenseitige Vertrag, bei welchem die Leistung des einen Teils nicht unmittelbar nach dem Abschluß, sondern zu einer späteren Zeit zu erfolgen hat (vgl. BGB. § 361). Nach dieser Begriffsbestimmung würden auch die oben erwähnten Loko-, Import- und Exportgeschäfte unter den Begriff des Zeitgeschäfts fallen. Im Börsenverkehr versteht man aber unter Zeitgeschäften nur die Termingeschäfte.

[2] Die Erfüllung des Schadensersatzanspruches erfolgt auf dem Wege der Zwangsregulierung, auch Exekution genannt, d. i. (Deckungs-) Kauf bzw. (Selbsthilfe-) Verkauf durch Vermittlung eines Kursmaklers oder durch Selbsteintritt unter Liquidierung der Differenz vom Vertragskurs und dem offiziellen Kassekurs am Tage der Zwangsregulierung. Die Differenz ist demjenigen Teil, zu dessen Gunsten sie sich herausstellt, sofort zu zahlen (Berliner Bedingungen §§ 14, 19, Frankfurter §§ 13, 16).

ferner die Qualität der zu liefernden Waren typenmäßig bestimmt. Die Geschäfte werden so ihres individuellen Charakters entkleidet, und es wird die Möglichkeit, für den abgeschlossenen Gegenstand und Betrag jederzeit einen Käufer bzw. Verkäufer zu finden, außerordentlich erhöht. Endlich kommt in Betracht, daß die Geschäfte Fixgeschäfte im Sinne des HGB. § 376 sind. Der nicht säumige Teil ist daher, ohne daß es der Stellung einer Nachfrist bedarf, berechtigt, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen [1]. Auch dieser Umstand erleichtert den spekulativen Verkehr, weil hier der nichtsäumige Teil des Risikos, welches die Gewährung einer Nachfrist bei Preisveränderungen in sich schließen würde, enthoben ist.

Die Zeitgeschäfte im Effektenverkehr werden an den deutschen Börsen per ultimo geschlossen (daher auch Ultimogeschäfte genannt), d. h. die Lieferung und Zahlung hat am Ultimo zu erfolgen. Die Ultimotage werden von den Börsenbehörden im voraus für das ganze Jahr festgesetzt, sie fallen gewöhnlich auf den letzten Tag oder einen der letzten Tage des Monats. Bei den Geschäften „per Erscheinen" findet die Liquidation am Erscheinungstage statt, d. h. an dem Tage, an welchem die Stücke von der Emissionsstelle dem Markt zugeführt werden. Im Warenverkehr werden die Zeitgeschäfte in der Regel auf längere Fristen abgeschlossen, und zwar wird gewöhnlich ein bestimmter Monat als Lieferungstermin bezeichnet, so daß der Verkäufer innerhalb des ganzen Monats die Ware anbieten („andienen") kann.

Um die Lieferung bzw. Abnahme unmittelbar zwischen dem ersten Verkäufer und letzten Käufer zu bewirken, bestehen an den verschiedenen Börsen in der Hauptsache zwei Grundformen [2], die Abwickelung durch eine Zentrale und ohne eine solche unmittelbar unter den Parteien. Angenommen, es sei ein Posten von 15 000 Mk. Diskonto-Kommanditanteile per ultimo Juni wie folgt verkauft worden: Von A. an B. am 1. Juni zu 185, von B. an C. am 4. Juni zu 184½, von C. an D. am 8. Juni zu 183½, von D. an E. am 21. Juni zu 184½. Es ergibt sich darnach folgendes Schema:

185	184½	183½	184½
A. . . .	B. . . .	C. . . .	D. . . . E.

Nach dem Ticketverfahren, wie es besonders an der Londoner Börse üblich ist, stellt der letzte Käufer E. einen Lieferschein (ticket) aus, den er seinem Verkäufer D. übergibt; dieser giriert den Schein weiter, bis derselbe in die Hände des ersten Verkäufers A. gelangt, der hieraus ersieht, an wen er die verkauften Papiere zu liefern hat. Ein ähnliches Verfahren besteht an den deutschen Börsen beim Getreidelieferungsgeschäft. Hier stellt aber umgekehrt der erste Verkäufer A. einen Kündigungs- (Andienungs-) Schein aus, der weiter giriert wird, bis er in die Hände des letzten Käufers E. gelangt [3]. Rechtlich stellt sich dieses Verfahren als Anweisung dar.

An den deutschen Fondsbörsen, an denen ein Zeithandel stattfindet, bestehen dagegen zentrale Einrichtungen, welche die Abwickelung der Geschäfte durch Skontration oder Clearing ermöglichen, so in Berlin der Liquidationsverein für Zeitgeschäfte, dem alle Firmen, welche das Zeitgeschäft betreiben, angehören, ebenso in Frankfurt der Verein Kollektiv-Skontro. Die Abwicklung geschieht hierbei in der Regel auf folgende Weise: Zwei Tage vor Ultimo reichen die verschiedenen Firmen beim Bureau ihre Skontrobogen ein. Auf diesem Bogen wird links in die für das betreffende Effekt vorgesehene Spalte der Nominalbetrag bzw. die Stückzahl der Effekten, welche zu beziehen sind, rechts in die gleiche Spalte die der zu liefernden Effekten eingetragen, während am Schluß der Saldo gezogen wird. Da in vorerwähntem Beispiel B., C. und D. den gleichen Posten Effekten sowohl zu liefern wie zu beziehen haben, so stehen sie per Saldo „glatt", während die 15 000 Mk. Diskonto-Kommandit bei A. in der Spalte „zu liefern", bei E. in der Spalte „abzunehmen" erscheinen. E. heftet seinem Skontrobogen gleichzeitig einen Empfangs- oder Lieferungsbeleg bei, d. h. einen Zettel mit der Unterschrift oder

[1] Das Recht auf Rücktritt ist nach den Bedingungen der Fondsbörsen (Berlin § 19, Frankfurt § 16) ausgeschlossen.

[2] Siehe hierüber F. Schmidt, Liquidation und Prolongation im Effektenterminhandel Leipzig 1912, der die an den verschiedenen Börsen des In- und Auslandes bestehenden Abwickelungsarten eingehend darstellt.

[3] Vgl. Föhlinger a. a. O.

dem Stempel seiner Firma, wonach ihm mit diesem Zettel 15 000 Mk. Diskonto-Kommanditanteile zu liefern sind. Diesen Zettel stellt das Bureau dem A. zu, der auf diese Weise erfährt, wem er den verkauften Posten zu liefern hat. Die Lieferung erfolgt dann am Ultimo mittelbar von A. an E., wodurch gleichzeitig die Lieferungsverpflichtungen des B., C. und D. erfüllt sind.

Als eine besondere Art der zentralen Abwickelung stellt sich das Verfahren der Warenliquidationskassen dar. Als solche bestehen in Deutschland die Warenliquidationskasse in Hamburg für den Kaffee- und Zuckerterminhandel und in Magdeburg für den Zuckerterminhandel. Wenn hier die Parteien einen Abschluß machen, so tritt die Kasse als Kontrahentin ein, und zwar so, daß das Kaufgeschäft zwischen A. und B. zerlegt wird in einen Verkauf des A. an die Liquidationskasse und einen Verkauf der Liquidationskasse an B.; entsprechend werden auch die Schlußscheine ausgestellt. Hier werden ohne weiteres alle Lieferungs- und Abnahmeverpflichtungen in der Kasse zentralisiert, die alle Rechtsbeziehungen der Parteien absorbiert. Die Liquidationskasse ist hier nicht bloß Abrechnungsstelle, sondern gleichzeitig Kontrahentin für sämtliche Abschlüsse und erhält für das von ihr übernommene Risiko eine besondere Provision.

In allen anderen Fällen der Liquidation wird die Erfüllung des Kaufvertrages regelmäßig unter Personen erfolgen, die miteinander selbst keinen Kaufvertrag abgeschlossen haben. Da in obigem Beispiel A. und E. miteinander selbst nicht abgeschlossen haben, so muß ein Kurs festgesetzt werden, zu welchem die betreffenden Waren bzw. Wertpapiere zu übernehmen sind. Es ist dies der sogenannte Liquidations- (Kompensations)kurs, im Warenverkehr Abrechnungs-, Regulierungspreis. Der Liquidationskurs wird in der Regel zwei Tage vor Ultimo festgesetzt, und zwar derart, daß er unter möglichster Abrundung dem Kassekurs (falls das betreffende Effekt überhaupt per Kasse gehandelt wird, andernfalls dem Zeitkurs) des betreffenden Tages entspricht. Auf Grund des Liquidationskurses wird sodann unter den Kontrahenten abgerechnet. In obigem Beispiel, bei welchem der Liquidationskurs (festgestellt am 25. Juni) 184% betragen hat, stellt sich die Abrechnung wie folgt:

B. zahlt an A. 1%, erhält von C. ½% = Verlust ½%,
C. zahlt an B. ½%, an D. ½% = Verlust 1%,
D. erhält von C. ½%, von E. ½% = Gewinn 1%.

Im Zusammenhang mit der Abwickelung der Zeitgeschäfte an der Börse ist auch das sog. Differenzgeschäft zu behandeln. In § 764 BGB. wird dieses Geschäft definiert als „ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Vertrag, der in der Absicht geschlossen wird, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teile an den gewinnenden gezahlt werden soll". Dieser Vertrag ist als Spiel anzusehen, was auch dann gilt, wenn nur die Absicht des einen Teiles auf die Zahlung des Unterschiedes gerichtet ist, der andere Teil aber diese Absicht kennt oder kennen muß.

Es ist nun ohne weiteres ersichtlich, daß die obige Begriffsbestimmung auf die Börsentermingeschäfte in keiner Weise zutrifft. Denn es handelt sich bei diesen nicht um einen „auf Lieferung von Wertpapieren oder Waren lautenden Vertrag", sondern um einen wirklichen Kaufvertrag; bei der Differenz, deren Gewinnung beabsichtigt ist, handelt es sich nicht um den Unterschied von Vertrags- und Lieferungspreis, sondern um den Unterschied von Einkaufs- und Verkaufspreis. Endlich gibt es bei dem Börsentermingeschäft keinen verlierenden bzw. gewinnenden Teil, sondern nur einen Käufer bzw. Verkäufer; denn der Gewinn bzw. Verlust entsteht nicht aus dem ursprünglichen Geschäft, sondern aus einem zweiten Kaufs- bzw. Verkaufsgeschäft mit einer beliebigen anderen Person, und ob dieses zweite Geschäft einen Gewinn oder Verlust ergibt, entzieht sich natürlich der Kenntnis des ursprünglichen Kontrahenten.

Geht man dem Ursprung der gesetzlichen Bestimmung nach, so ergibt sich folgendes[1]: Der § 764 verdankt seine Entstehung der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts, die vom Reichsgericht übernommen und weiter ausgebildet wurde. Dieser Rechtsprechung lag

[1] Näheres Trumpler, Differenzgeschäfte nach dem BGB. und dem BG. Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 50 S. 388 ff.

eine unrichtige Vorstellung von der Abwickelung der Börsenterminge-schäfte zugrunde. Man nahm wahr, daß an den jeweiligen Börsenabrechnungstagen die Parteien untereinander die Differenz von Vertrags- und Liquidationskurs bezahlten, und faßte diesen Umstand dahin auf, daß an Stelle der Lieferung bzw. Kaufpreiszahlung nur die Differenz von Vertrags- und Ultimokurs unter den Parteien gezahlt würde. Man nahm an, daß die Parteien zwar an sich berechtigt seien, am Ultimo die Lieferung bzw. die Kaufpreiszahlung zu verlangen, daß sie aber regelmäßig davon Abstand nähmen und sich mit der Zahlung der oben erwähnten Differenz begnügten.

Diese Erwägungen führen aber zu dem Ergebnis, daß der § 764 BGB. auf die Börsenterminge-schäfte nicht anwendbar und daher eine praktisch bedeutungslose Bestimmung ist. Allerdings wird in der Wissenschaft vielfach die gegenteilige Meinung vertreten mit der Begründung, daß es sich bei der Bestimmung des § 764 nur um eine ungeschickte Formulierung handle[1]. Auch das Reichsgericht hält an der Anwendbarkeit des § 764 auf Börsenterminge-schäfte fest, indem es aus dem Vorliegen gewisser sog. konkludenter Umstände (auffälliges Mißverhältnis zwischen Vermögensverhältnis und Höhe der Abschlüsse, Beruf, spekulative Natur des Vertragsgegenstandes) ein Anzeichen für das Vorliegen von Geschäften im Sinne des § 764 erblickt (so zuletzt RG. 79 234 ff.).

β) Die Prolongation der Zeitgeschäfte.

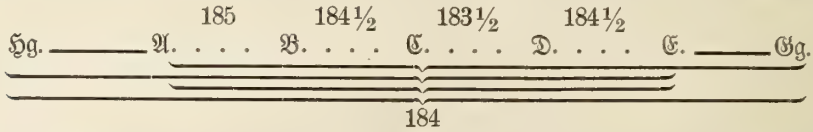
Nach dem oben S. 215 mitgeteilten Beispiel hat E. als Käufer am Ultimo Juni, der auf den 27. fiel, an A. für gelieferte 15 000 Mk. Diskonto-Kommanditanteile zu 184% den Betrag von 27 600 Mk. zu bezahlen. Da E. seinerseits die Papiere zu $184\frac{1}{2}$ gekauft hat, würde er einen Verlust von 75 Mk. erleiden. Wenn er nun, z. B. weil er à la hausse spekuliert oder aus irgend einem andern Grunde die Stücke nicht abnehmen will, so wendet er sich an einen Geldgeber (Hereinnehmer). Dieser übernimmt an Stelle von E. die Papiere und bezahlt dafür den Liquidationskurs. Ultimo Juli empfängt sodann E. die Papiere von ihm zurück gegen Erstattung des Hereinnahmekurses von 184% zuzüglich der vereinbarten Zinsen für einen Monat. Ebenso kann A. als Verkäufer in die Lage kommen, sein Engagement zu prolongieren, z. B. weil er à la baisse spekuliert oder aus anderen Gründen. Er wendet sich daher an einen Hereingeber (Geldnehmer), der ihm die Stücke für einen Monat leiht und sie für ihn Ultimo Juni an E. liefert. A. zahlt ihm dafür den Liquidationskurs, gibt ihm Ultimo Juli die Stücke zurück und erhält von ihm den Liquidationskurs zuzüglich der vereinbarten Zinsen für einen Monat. A. hat dabei einen doppelten Vorteil: er erhält sowohl die Stücke geliehen als auch Zinsen für sein Geld.

Aus vorstehendem ergibt sich, daß der Haussier, der prolongieren will, die gekauften Papiere anbietet und dafür Geld sucht, während umgekehrt der Baissier Geld anbietet und Papiere sucht. Es ist daher naturgemäß, daß diese beiden Parteien (im vorliegenden Beispiel A. und E.) die Prolongation am besten untereinander vornehmen werden; sie werden nötigenfalls durch einen Makler, bei dem sich Angebot und Nachfrage konzentriert, leicht zusammengeführt werden. Daneben gibt es aber an der Börse auch eine Anzahl von unbeteiligten Dritten, die als Hereinnehmer „Ultimogeld" für die Zwecke der Prolongation zur Verfügung stellen, namentlich Großbanken und größere Bankfirmen, die auf diese Weise eine Verzinsung ihrer flüssigen Mittel erzielen. Dagegen werden sich weniger leicht Personen finden, die als Hereingeber auftreten, d. h. Papiere verleihen, denn sie erhalten ja kein Entgelt für die geliehenen Papiere, müssen vielmehr für den empfangenen Geldbetrag Zinsen bezahlen. Solche an der Spekulation unbeteiligte Personen, wie Großbanken usw., werden also nur dann bereit sein, als Hereingeber von Papieren aufzutreten, wenn sie für den empfangenen Geldbetrag einen besonders niedrigen Zinsfuß oder auch keinen Zinsfuß zu bezahlen haben, oder wenn gar umgekehrt der Hereinnehmer sich dazu versteht, für die geliehenen Stücke seinerseits eine Vergütung (Leihgeld) an den Hereingeber zu zahlen. Diese Fälle des sog. Stückemangels kommen vor bei starkem Überwiegen der Baisse- über die Haussengagements in einem bestimmten Papier, oder wenn aus einem speziellen Grunde ein besonders lebhaftes Inter-

[1] So Lehmann, Handelsrecht, 5. Aufl., S. 741; Cosack, Handelsrecht, 7. Aufl., S. 385.

esse an dem Besitz der betreffenden Papiere während der Hereinnahmezeit besteht, z. B wenn in diese Zeit eine Generalversammlung fällt.

Je nachdem der letzte Käufer oder der erste Verkäufer oder beide ihr Engagement prolongieren, vollzieht sich, wie aus nachstehendem Beispiel ersichtlich, die Lieferung bzw. Abnahme der Papiere zum Liquidationskurs zwischen A. und Gg., E. und Hg., A. und E., oder Hg. und Gg.



Zu den Zwecken der Prolongation kommen nun in der Praxis drei verschiedene Arten von Rechtsgeschäften zur Anwendung [1].

1. Das Lombardgeschäft.

Nach obigem Beispiel übernimmt der Geldgeber (Hereinnehmer) am Ultimo Juni die ihm für Rechnung des E. gelieferten Papiere und bezahlt dafür den Liquidationskurs (27 600 Mk. [2]). Gegen Rückzahlung dieses Betrages zuzüglich der vereinbarten Zinsen liefert er sodann dem E. oder für dessen Rechnung an einen Dritten per Ultimo Juli die Stücke zurück.

Der Geldnehmer (Hereingeber) E. bleibt in diesem Falle Eigentümer der Stücke; der Geldgeber darf ihm nicht gleichartige Stücke zurückerstatten, sondern muß die empfangenen Nummern zurückliefern. Dementsprechend verbleiben dem Geldnehmer E. alle Vorteile oder Nachteile, die während der Dauer der Verpfändung aus den verpfändeten Papieren erwachsen (z. B. bei festverzinslichen Papieren Stückzinsen, abgetrennte Zins- oder Gewinnanteile, Gewinne oder Verluste aus Verlosungen [3]).

Das Lombardgeschäft genießt den Vorteil der Freiheit vom Reichsstempel. Aber aus verschiedenen Gründen eignet es sich nicht für alle Fälle der Prolongation. Zunächst erfolgt beim Lombardgeschäft die Beleihung in der Regel nicht zum vollen Kurswert, da der Geldgeber hier eine größere Sicherheit verlangt. Wenn also im vorliegenden Fall der volle Kurswert von dem Geldgeber bezahlt werden soll, so muß E. entweder sein Depot verstärken, oder er muß dem Geldgeber die Überdeckung, welche dieser zu seiner Sicherheit verlangt, in bar bezahlen. Nach den Bestimmungen der Börsen-Usancen (Berlin § 25 Abs. 5, Frankfurt § 20 Abs. 4) muß ferner das ursprüngliche Verhältnis von Darlehen und Deckung bis zur Fälligkeit des Darlehens aufrechterhalten werden. Der Verpfänder E. hat also unter Umständen, wenn ein Kursrückgang eintritt, dem Hereinnehmer einen entsprechenden Nachschuß zu leisten. Das Lombardgeschäft versagt ferner vollständig im Falle der Prolongation eines Baissseengagements, weil hier der prolongierende Baissier nicht Geld gegen Hingabe von Stücken, sondern die Stücke selbst zu leihen genötigt ist.

2. Das uneigentliche Lombardgeschäft.

Dieses Geschäft eignet sich zur Prolongation von Hausse- wie auch von Baissseengagements. Im ersten Falle wird Geld gegen Hingabe von Stücken, im zweiten Falle werden Stücke gegen Hingabe von Geld verliehen. Die hingegebenen Stücke gehen in das Eigentum des Geldgebers über. Diesen treffen daher auch alle Vorteile und Nachteile, die während der Dauer der Verpfändung aus den verpfändeten Papieren erwachsen, mit Ausnahme jedoch der Stück-

[1] Eine eingehende Darstellung der verschiedenen Prolongationsmethoden findet sich bei F. Schmidt, Liquidation und Prolongation im Effektenterminhandel, 1912. In Berlin und Frankfurt a. M. bedient man sich zu den Zwecken der Prolongation hauptsächlich des Lombard- und des Reportgeschäfts.

[2] Siehe Anm. S. 217.

[3] Ein Lombardgeschäft ist auch das in den Berliner Usancen § 25 Abs. 6 geregelte Geschäft, bei dem ein Unterpfand durch Hereinlieferung von Wertpapieren gestellt wird, ohne daß eine bestimmte Gattung von Wertpapieren vorbedungen wird.

zinsen bei festverzinslichen Papieren[1]; auf diese kann der Hereinnehmer keinen Anspruch machen, weil er ja schon die vereinbarten (Geld-) Zinsen erhält.

Das uneigentliche Lombardgeschäft ist an den deutschen Börsen jetzt durch das Reportgeschäft verdrängt worden.

3. Das Report(Kost)-geschäft.

Dieses Geschäft ist seinem Wesen nach ein auf der Grundlage des Liquidationskurses abgeschlossenes in Form eines Verkaufes (bezw. Ankaufes) per diesen und eines Rückkaufes (bezw. Verkaufes) per nächsten Lieferungstermin gekleidetes Leihgeschäft.

An sich könnte man auch das uneigentliche Lombardgeschäft in die Form eines Verkaufes und Rückkaufes kleiden. Nach obigem Beispiel hat E. als Geldnehmer Ultimo Juli den geliehenen Betrag von 27 600 Mk. bei einem Reportsatz von 6%[2] für 33 Tage (da der Ultimo Juli auf den 31. fiel) zu verzinsen. Auf den Liquidationskurs von 184% macht dies 1,01% aus. Man könnte also auch das uneigentliche Lombardgeschäft — vorausgesetzt, daß die Beleihung der Papiere zu dem vollen Kurswert erfolgt — in die Form eines Verkaufes zu 184 und Rückkaufes zu 185,01 kleiden. Ein Unterschied gegenüber dem uneigentlichen Lombardgeschäft ergibt sich aber in bezug auf die technische Behandlung bei Papieren, die mit Stückzinsen gehandelt werden. Hier setzt man nämlich den Kurszuschlag, den sog. Report, in der Weise fest, daß man von der in Prozenten vom Liquidationskurs einschließlich Stückzinsen berechneten Zinsvergütung die Stückzinsen für die Dauer der Prolongationsperiode in Abrechnung bringt. Der Report ist danach nichts anderes als die in Prozenten vom Liquidationskurs des betreffenden Papiers berechnete Vergütung für das dargeliehene Geld; bei festverzinslichen Papieren wird die Vergütung berechnet vom Betrag des Liquidationskurses einschließlich der Stückzinsen bis zum Lieferungstag, aber unter Abzug der Stückzinsen bis zum Rücklieferungstag.

Angenommen ein Engagement in 4% Russen von 1902 soll bei einem Liquidationskurs von 91% und einem Zinssatz von 6% von Ultimo Juni (27.) auf Ultimo Juli (31.) geschoben werden. Hier werden (da der am 1. Juli fällige Coupon mitgeliefert wird) bis zum 27. Juni 177 Tage Stückzinsen à 4% gerechnet, wodurch sich der ausmachende Betrag (Liquidationskurs inkl. Stückzinsen) auf rund 93% stellt. Da 6% Zinsen hievon für 33 Tage 0,512 betragen, wovon 4% Stückzinsen vom Nominalbetrage für 33 Tage (0,367%) abgehen, so stellt sich der Report auf 0,145%.

In der Sache ergeben beide Arten von Berechnungen natürlich dasselbe Resultat. Denn es kommt auf dasselbe hinaus, ob bei der Rücklieferung lediglich die Stückzinsen bis zum 27. Juni berechnet werden, von diesem Betrage aber der volle Zinsfuß von 6% erhoben wird, oder ob die Stückzinsen bis zum 31. Juli berechnet und um den entsprechenden Betrag der Zinssatz von 6% gekürzt wird. In der Praxis stellt sich aber die letzte Art der Berechnung als große Erleichterung dar, mit Rücksicht darauf, daß nach allgemeiner Vorschrift, wie oben S. 209 ausgeführt, festverzinsliche Wertpapiere mit Stückzinsen bis zum Lieferungstag gehandelt werden. Von dieser Vorschrift kann im Ultimoverkehr um so weniger eine Ausnahme gemacht werden, als die Lieferung bzw. Abnahme gewöhnlich zwischen anderen Personen als den ursprünglichen Kontrahenten erfolgt. Wenn daher Gg. Ultimo Juni die Stücke von A. empfängt, so hat er ihm 177 Tage Stückzinsen zu vergüten; liefert er sie per nächsten Ultimo an E. oder für dessen Rechnung an eine andere Person zurück, so werden ihm (da der fällig gewordene Coupon am 1. Juli von ihm abgetrennt wurde) die Stückzinsen für 30 Tage vergütet.

Das Reportgeschäft hat übrigens vor dem uneigentlichen Lombardgeschäft auch in stempelrechtlicher Beziehung einen Vorteil voraus. Das letztere Geschäft ist nämlich als Leihgeschäft zwar nur einmal, aber zu dem vollen ausmachenden Betrage zu verstempeln. Das Reportgeschäft wird gleichfalls nur einmal, und zwar von dem dem Werte nach höheren der beiden

[1] In diesem Sinne ist die Bestimmung des § 20 Abs. 6 der Frankfurter Usancen zu verstehen. Ist während der Dauer der Verpfändung ein Dividendenschein abgetrennt worden, so gehört der Schein zwar dem Geldgeber, dieser hat aber den dafür gezahlten Betrag dem Geldnehmer zu vergüten bzw. bei der Rücklieferung der Papiere von der Darlehenssumme in Abzug zu bringen, da er sonst zum Nachteil des Geldnehmers bereichert wäre.

[2] Die Notiz für Reportgeld betrug nach dem Frankfurter Börsenkursblatt vom 24. Juni 1912 $6\frac{1}{8}$—$5\frac{7}{8}$ %.

Kaufgeschäfte verstempelt, es kommt aber hierbei nur die Hälfte des tarifmäßigen Stempels in Ansatz (RStempG. § 17 Abs. 3, Tarif 3 A 4).

Eine Schwierigkeit entsteht beim Reportgeschäft insofern, als zur Berechnung der Zinsvergütung hier die Kenntnis des Liquidationskurses erforderlich ist. Die Notierung des Reportsatzes erfolgt aber schon in den letzten Tagen des Monats, also zu einer Zeit, wo man den Liquidationskurs noch nicht kennt. Man muß sich daher mit einer Schätzung begnügen [1].

In den Fällen des Stückemangels kann es, wie schon erwähnt, vorkommen, daß der Geldgeber für sein Geld nicht nur keine Vergütung erhält, sondern daß er umgekehrt dem Geldnehmer seinerseits eine Vergütung für die von diesem geliehenen Stücke zu bezahlen hat. In diesem Falle stellt sich ein sog. Leihgeld in Form eines Kursabschlags (Deport) heraus, d. h. eine in Prozenten von dem Liquidationskurs des betreffenden Papieres ausgedrückte Vergütung für die dargeliehenen Effekten. Ein Deport tritt ferner nicht selten auf bei festverzinslichen Papieren, die erheblich unter dem Nennwert notieren, sofern hier die Stückzinsen für einen Monat den Betrag der vereinbarten Geldzinsen übersteigen. Angenommen, der Reportsatz würde 4% betragen, so würde bei dem oben erwähnten Engagement in 4% Russen 4% Zinsen für 33 Tage (von 91% zuzüglich 2% Stückzinsen) 0,341% ausmachen. Da aber die 4% Stückzinsen vom Nominalbetrag für 33 Tage 0,367% betragen, so würde sich ein Deport von 0,026% ergeben. Der Geldgeber bezahlt also hier dem Geldnehmer kein Leihgeld für die Stücke, sondern er erhält umgekehrt trotz des Deports seinerseits 4% Zinsen von dem verliehenen Gelde.

Die obige Darstellung der Prolongation bezieht sich auf die Zeitgeschäfte in Wertpapieren. Dieselben Geschäfte kommen aber auch zur Prolongation von Warengeschäften zur Anwendung, wenn auch hier im allgemeinen das Lombardgeschäft überwiegt. Was das Reportgeschäft betrifft, so sind es beim Warengeschäft an Stelle der Stückzinsenberechnung die Lagerspesen, die bei der Festsetzung des Reports bzw. Deports als wesentlicher Faktor in Rechnung gezogen werden.

Seiner rechtlichen Natur nach ist das Reportgeschäft als contractus sui generis aufzufassen [2]. Es ist kein eigentliches Leihgeschäft, denn das Geschäft wird in Form eines kombinierten Kauf- und Verkaufgeschäftes abgeschlossen. Darüber, daß die Parteien ernsthaft den Abschluß von Kaufgeschäften wollen, kann kein Zweifel bestehen, denn sie bezwecken ja hierdurch, die Reportgeschäfte in die Ultimoliquidation miteinzubeziehen und die Rechtswirkungen des Kaufes namentlich in bezug auf den Verzug [3] auf sie auszudehnen. Andererseits kann man das Reportgeschäft nicht als bloße Kombination eines Kauf- und Verkaufgeschäftes auffassen, denn die Vereinbarung eines Kaufpreises ist beim Reportgeschäft von sekundärer Bedeutung: sie soll nicht den Wert des Kaufobjektes, sondern nur den Betrag des Darlehens fixieren. Gegenstand der Vereinbarung ist in erster Linie der Unterschied der beiden Kaufgeschäfte, und dieser Unterschied ist nicht als Kaufpreisdifferenz, sondern als die für das Leihgeschäft zu entrichtende Vergütung aufzufassen.

---

[1] In dem Frankfurter Börsenkursblatt wird jeweils an zwei Tagen gegen Ende des Monats Reportgeld notiert, und zwar in der Weise, daß zunächst ein allgemeiner Satz für Reportgeld angegeben wird und sodann die Reportsätze für die einzelnen hauptsächlichsten Papiere angegeben werden. Reportsätze für Bergwerks- und Industriepapiere werden nicht festgestellt. Es geschieht dies deswegen, weil die Kursschwankungen in diesen Papieren sehr erheblich sind und daher bei Feststellung der Zinsvergütung die Bonität des betreffenden Geldnehmers von ausschlaggebender Bedeutung ist. Zur Erleichterung der Berechnung der Reportsätze werden in Frankfurt und Berlin jeweils gegen Ende des Monats besondere Reporttabellen herausgegeben.

[2] Vgl. Dr. jur. Fritz Schmidt, Das Reportgeschäft, 1912, und RGZ. 19, 146.

[3] Würde in obigem Beispiel Gg. die Papiere nicht abnehmen, so wäre E. berechtigt, die Zwangsregulierung vorzunehmen, d. h. die Papiere zum Lieferungstermin zu verkaufen und die etwaige Differenz zu seinen Gunsten vom Gg. zu beanspruchen. Einen Anspruch auf Rücklieferung der Papiere auf nächsten Ultimo könnte E. dagegen nicht erheben, denn das Reportgeschäft würde durch die Zwangsregulierung aufgelöst sein. Einfacher liegt der Fall, wenn E. bei der Rücklieferung der Papiere in Verzug gerät: hier wäre Gg. berechtigt, den Zwangsverkauf vorzunehmen, und das Reportgeschäft würde damit erfüllt sein.

γ) Die Prämiengeschäfte[1].

αα) Die verschiedenen Arten von Prämiengeschäften.

Die Prämiengeschäfte sind eine besondere Art der Termingeschäfte, nämlich solche, bei denen sich der eine Teil gegen Zahlung einer Prämie das Recht vorbehält, von der Erfüllung des Geschäfts abzustehen (Vorprämien-, Rückprämien-, Stellgeschäft) oder nochmalige Lieferung bezw. nochmalige Abnahme zu verlangen (Nochgeschäft). Derjenige Kontrahent, dem das Wahlrecht eingeräumt ist, hat dafür dem anderen, dem „Stillhalter", eine Vergütung, die sogenannte Prämie, zu bezahlen. Man unterscheidet folgende Arten von Prämiengeschäften:

1. das Vorprämiengeschäft, wobei sich der Käufer das Recht vorbehält, gegen Zahlung der Prämie von der Abnahme abzustehen;

2. das Rückprämiengeschäft, wobei sich der Verkäufer das Recht vorbehält, gegen Zahlung der Prämie von der Lieferung abzustehen[2];

3. die Stellage, eine Verbindung von Vor- und Rückprämiengeschäft. Der Prämienzahler hat hier die Wahl, ob er zu dem vereinbarten Kurse liefern oder beziehen will, d. h. ob er von seiner Abnahme- oder von seiner Lieferungsverpflichtung abstehen will;

4. das Nochgeschäft, wobei der Käufer bzw. Verkäufer sich das Recht ausbedingt, die gekaufte bzw. verkaufte Summe zu dem vereinbarten Kauf- bzw. Verkaufspreis noch einmal oder mehrere Male nachzufordern bzw. nachzuliefern. Zur Erfüllung gelangt nur der fest abgeschlossene Betrag, während bezüglich des Restbetrages der Käufer bzw. Verkäufer von der Erfüllung Abstand nehmen kann.

Die Prämien werden zum Kaufpreis zugeschlagen bzw. von dem Verkaufspreis abgezogen, d. h. der Käufer muß für das ihm zustehende Wahlrecht einen um die Prämie höheren Kaufpreis bezahlen; der Verkäufer erhält für das ihm zustehende Wahlrecht einen um die Prämie verminderten Kaufpreis.

Es ist daran festzuhalten, daß die Prämiengeschäfte ebenso wie die Börsentermingeschäfte sich als Kaufverträge darstellen[3]. Es ergibt sich dies schon daraus, daß die Prämiengeschäfte im Verkehr genau in derselben Weise wie die festen Geschäfte insbesondere in bezug auf die Erfüllung behandelt werden. Eine im voraus bezahlte Prämie ist daher als Kaufpreisteilzahlung anzusehen und unterliegt als Leistung auf Grund des Geschäfts gemäß Börsengesetz § 55 nicht der Rückforderung (RGE. v. 11. Juni 1912 Bankarchiv S. 325).

Angenommen, es sind Anfang Juni Abschlüsse von Prämiengeschäften in Diskonto-Kommanditanteilen auf der Basis des Tageskurses von 185 % gemacht worden, so stellen sich die einzelnen Geschäfte wie folgt dar:

1. Vorprämiengeschäft $186\frac{1}{8} / 1\frac{1}{8}$ B. ($186\frac{1}{8}$ dont $1\frac{1}{8}$);
2. Rückprämiengeschäft $183\frac{7}{8} / 1\frac{1}{8}$ R. ($183\frac{7}{8}$ oder $1\frac{1}{8}$ Rückprämie). Die Rückprämie wird auch Ansagprämie genannt, weil der Verkäufer, welcher die Stücke liefern soll, sie ansagt;
3. Stellage $187\frac{1}{4} / 182\frac{3}{4}$. Die „Mitte" ist 185. Die Prämie nach beiden Seiten beträgt also $2\frac{1}{4}$, $4\frac{1}{2}$ ist die „Spannung" oder das „Stellgeld".
4. Nochgeschäft $185\frac{3}{4}$ mit einmal noch, $186\frac{1}{8}$ mit zweimal noch in Käuferswahl bzw. $184\frac{1}{4}$ mit einmal noch, $183\frac{7}{8}$ mit zweimal noch in Verkäuferswahl.

---

[1] Literatur: Moser, Lehre von den Zeitgeschäften und deren Kombinationen (Berlin 1875); Wachtel, Stellage und Nochgeschäft (1897); Holz, Prämiengeschäft (Berlin 1905); Fürst, Prämien-, Stellage- und Nochgeschäfte (Berlin 1908).

[2] In Frankfurt ist es von früher her üblich, das Rückprämiengeschäft als Kauf einer Ansagprämie zu bezeichnen.

[3] Es handelt sich um einen Kauf, der sogleich bindend abgeschlossen wird, von dessen Erfüllung aber der Wahlberechtigte Abstand nehmen kann. Ähnlich RG. Z. 38, 232 ff., wo die Prämie als Reugeld bezeichnet wird. Über die verschiedenen Konstruktionen s. bes. Holz, Prämiengeschäfte, Berlin 1905.

Der Kurs, auf dessen Basis das Prämiengeschäft geschlossen ist, also hier 185%, wird Stichkurs, der Kurs, zu dem das Prämiengeschäft abgeschlossen wird (also 186⅛ bei der Vorprämie, 183⅞ bei der Rückprämie, 187¼ bzw. 182¾ bei der Stellage), wird Prämienkurs, die Differenz zwischen dem Prämienkurs und dem jeweiligen Tageskurs (festem Kurs) wird Ekart genannt. Wird, wie in obigen Beispielen, die Prämie auf der Basis des Tageskurses abgeschlossen (ist also der Stichkurs identisch mit dem Tageskurs), so ist der Ekart gleich der Prämie.

Der Zeitkurs am Prämienerklärungstag (in diesem Falle 25. Juni) war mit 183⅝—⅞ notiert. Bei Annahme eines mittleren Kurses von 183¾ stellt sich die Rechnung für die einzelnen Arten von Prämiengeschäften, wenn man der Einfachheit halber von Schlußnotenstempel, Courtage und sonstigen Kosten absieht, wie folgt:

Bei dem Vorprämiengeschäft werde ich mein Bezugsrecht aufgeben und die Prämie in Höhe von 1⅛% bezahlen, da ich im Falle des Bezugs der Stücke einen höheren Verlust, nämlich 2⅜% haben würde. Beim Rückprämiengeschäft werde ich die Stücke zu 183⅞ liefern, wodurch sich mein Gewinn auf ⅛% stellt. Bei der Stellage werde ich die Stücke liefern, wodurch sich mein Verlust von 2¼% auf 1% vermindert. Beim Nochgeschäft wird der zur Nachforderung berechtigte Käufer auf sein Nachforderungsrecht verzichten. Der nachlieferungsberechtigte Verkäufer wird sein Nachlieferungsrecht ausüben. Sein Gewinn beträgt bei dem Geschäft mit einmal Noch zweimal ½% = 1%, bei dem Geschäft mit zweimal Noch dreimal ⅛% = ⅜%. Es ergibt sich hieraus folgendes: Ein Gewinn entsteht bei dem Prämiengeschäft erst dann, wenn der Kurs, zu dem das Geschäft realisiert wird, über den Prämienkurs hinaus steigt bzw. unter diesen Kurs fällt. Liegt der Kurs, zu welchem das Geschäft realisiert wird, zwischen dem Prämienkurs und dem Stichkurs, so entsteht zwar kein Gewinn, doch vermindert sich der Verlust aus der Zahlung der Prämie entsprechend. Bei der Vorprämie, Rückprämie und Stellage ist der Verlust stets auf den Betrag der Prämie begrenzt.

Selbstverständlich braucht der Wahlberechtigte mit der Realisation des Geschäftes nicht bis zum Ablauf der Erklärungsfrist zu warten. Angenommen, ich habe am 1. Juni zu 186⅛/1⅛ V. gekauft, und der Kurs wäre am 10. Juni 187⅛, so werde ich sogleich zu diesem Kurse verkaufen, wodurch ich meinen Gewinn mit 1% sichergestellt und gleichzeitig eine Rückprämie zu 185 erworben habe. Da der Kurs am Erklärungstage sich auf 183¾ stellte, so würde ich die 1⅛% Vorprämie zahlen und den festen Verkauf zu 187⅛ durch einen Kauf der Stücke zu 183¾ decken, in welchem Falle mein Gewinn 2¼% betragen würde.

Die Kurse für die Prämien werden nicht in Berlin, wohl aber in Frankfurt a. M. amtlich notiert. Die Prämienerklärung hat in Berlin am drittletzten Tage vor dem Ultimolieferungstag bis 1½ Uhr, an Samstagen bis 1 Uhr, in Frankfurt a. M. am zweitletzten Tage vor Ultimo bis 12¾ Uhr zu erfolgen. Eine Erklärung ist aber nicht notwendig, wenn aus dem Kursstand zur Erklärungszeit unzweifelhaft hervorgeht, wie der Wahlberechtigte sich entscheidet (Berliner Usancen § 17, Frankfurter Usancen § 17 Abs. 3, 15). Die Lieferung der Stücke findet, wie bei den festabgeschlossenen Zeitgeschäften, im Wege der Ultimoliquidation statt. Die Prämienzahlung findet gleichzeitig mit der Zahlung der Ultimodifferenzen statt. In Frankfurt a. M. besteht auch die Einrichtung der sog. Barprämie, deren Zahlung sogleich bei Vertragsabschluß stattfindet (Usancen § 17 Abs. 1).

ββ) Die Ausgleichung von Prämiengeschäften.

Die Prämiengeschäfte können durch Zuhilfenahme von Kauf und Verkauf fester Stücke in andere Prämiengeschäfte umgewandelt bzw. durch sie ausgeglichen werden, vorausgesetzt daß sie auf demselben Kurs basieren. Vor dieser Möglichkeit macht namentlich der Makler Gebrauch, der die verschiedenen von ihm abgeschlossenen Prämiengeschäfte zu seiner Deckung bzw. Glattstellung benutzt. Da sich ferner aus der Stellage alle übrigen Formen der Prämiengeschäfte entwickeln lassen, so ist der Makler auf Grund gekaufter Stellagen in der Lage, Abschlüsse in allen anderen Prämiengeschäften zu machen, ohne seinerseits ein Risiko einzugehen. Aus der

Ausgleichbarkeit der Prämiengeschäfte ergibt sich andererseits, daß die Prämien für die einzelnen Geschäfte untereinander in einem bestimmten Verhältnisse stehen. Hierzu dienen folgende Beispiele:

1. Kauf 15 000 Mk. $186\frac{1}{8}/1\frac{1}{8}$ B. mit Verk. 15 000 Mk. 185 fest = Verk. 15 000 Mk. $183\frac{7}{8}/1\frac{1}{8}$ R.;
2. Verk. 15 000 Mk. $183\frac{7}{8}/1\frac{1}{8}$ R. mit Kauf 15 000 Mk. 185 fest = Kauf 15 000 Mk. $186\frac{1}{8}/1\frac{1}{8}$ B.;
3. Kauf 15 000 Mk. $186\frac{1}{8}/1\frac{1}{8}$ B. mit Verk. 15 000 Mk. $183\frac{7}{8}/1\frac{1}{8}$ R. = Kauf 15 000 Mk. St. $187\frac{1}{4}/182\frac{3}{4}$;
4. Kauf 30 000 Mk. $186\frac{1}{8}/1\frac{1}{8}$ B. mit Verk. 15 000 Mk. 185 fest = Kauf 15 000 Mk. St. $187\frac{1}{4}/182\frac{3}{4}$;
5. Verk. 30 000 Mk. $183\frac{7}{8}/1\frac{1}{8}$ R. mit Kauf 15 000 Mk. 185 fest = Kauf 15 000 Mk. St. $187\frac{1}{4}/182\frac{3}{4}$;
6. Kauf 15 000 Mk. St. $187\frac{1}{4}/182\frac{3}{4}$ mit Verk. 15 000 Mk. 185 fest = Verk. 30 000 Mk. $183\frac{7}{8}/1\frac{1}{8}$ R.;
7. Kauf 15 000 Mk. St. $187\frac{1}{4}/182\frac{3}{4}$ mit Kauf 15 000 Mk. 185 fest = Kauf 30 000 Mk. $186\frac{1}{8}/1\frac{1}{8}$ B.;
8. Kauf 30 000 Mk. $185\frac{3}{4}$ mit 1 mal Noch = Kauf 45 000 Mk. 185 fest mit Kauf 15 000 Mk. St. $188/183\frac{1}{2}$;
9. Verk. 30 000 Mk. $184\frac{1}{4}$ mit 1 mal Noch = Verk. 45 000 Mk. 185 fest mit Kauf 15 000 Mk. St. $186\frac{1}{2}/182$.

Nach dem Beispiele unter 1. habe ich als Käufer der Vorprämie die Wahl, an Ultimo die Stücke zu $186\frac{1}{8}$ zu beziehen oder $1\frac{1}{8}$ % Prämie zu bezahlen. Beziehe ich die Stücke, so erleide ich, da ich dieselben zu 185 fest verkauft habe, am Kurs einen Verlust von $1\frac{1}{8}$ %. Beziehe ich die Stücke nicht, in welchem Falle ich $1\frac{1}{8}$ % Prämie zu bezahlen habe, so habe ich sie aus dem festen Verkauf zu 185 zu liefern. Es verbleiben für mich demnach nach Abzug der Prämie nur $183\frac{7}{8}$ %. Die Wirkung ist also die gleiche, wie wenn ich die Stücke zu $183\frac{7}{8}$ mit $1\frac{1}{8}$ % Rückprämie verkauft hätte. Ebenso kann ich umgekehrt die Rückprämie durch den Kauf der gleichen Anzahl fester Stücke in eine Vorprämie umwandeln [1].

Nach dem Beispiel Nr. 3, nach welchem ich die Stücke mit Vorprämie gekauft und mit Rückprämie verkauft habe, werde ich, wenn der Kurs gestiegen ist, die Stücke zu $186\frac{1}{8}$ beziehen und gleichzeitig die Rückprämie bezahlen, wodurch sich die Stücke für mich auf $187\frac{1}{4}$ stellen. Ist der Kurs gefallen, so werde ich die Stücke aus der Rückprämie zu $183\frac{7}{8}$ liefern und gleichzeitig die Vorprämie bezahlen und daher für die Stücke $182\frac{3}{4}$ erhalten. Dies ist aber dasselbe, wie wenn ich eine Stellage zu $187\frac{1}{4}/182\frac{3}{4}$ gekauft hätte [2]. Ebenso kann ich eine gekaufte Vorprämie bzw. verkaufte Rückprämie in eine Stellage umwandeln, wenn ich die Hälfte der auf Vorprämie gekauften Stücke fest verkaufe bzw. die Hälfte der auf Rückprämie verkauften

---

[1] In schematischer Darstellung sieht dieses Beispiel wie folgt aus: Kauf 15 000 Mk. $186\frac{1}{8}/1\frac{1}{8}$ B. begründet folgende Rechte:

a) Kauf $186\frac{1}{8}$,
b) Zahlung $1\frac{1}{8}$ %.

Unter Hinzukommen des festen Verkaufs zu 185 stellen sich diese Rechte wie folgt dar:

a) Kauf $186\frac{1}{8}$ mit Verkauf 185 = Zahlung $1\frac{1}{8}$ %
b) Zahlung $1\frac{1}{8}$ % mit Verkauf 185 = Verkauf $183\frac{7}{8}$
} = Verkauf $183\frac{7}{8}/1\frac{1}{8}$ R.

[2] Schematische Darstellung:

a) Kauf $186\frac{1}{8}$
b) Zahlung $1\frac{1}{8}$ % mit
a { Zahlung $1\frac{1}{8}$ % = Kauf $187\frac{1}{4}$
b { Verkauf $183\frac{7}{8}$ = Verkauf $182\frac{3}{4}$
} = Kauf Stellage $187\frac{1}{4}/182\frac{3}{4}$.

Ein Unterschied besteht zwischen den beiden Kombinationen allerdings insofern, als ich bei Abschluß einer Vor- und einer Rückprämie noch ein drittes Recht habe, nämlich in beiden Fällen vom Geschäft zurückzutreten, in welchem Falle ich zusammen $2\frac{1}{4}$ % Prämie zu zahlen habe, während ich bei der Stellage nur entweder liefern oder beziehen kann. Dieser Unterschied kann nur praktisch werden, wenn der Kurs am Erklärungstag genau die Mitte (185 %) beträgt. Aber auch hier erreiche ich bei der Stellage denselben Effekt, indem ich zu 185 die Hälfte der Stücke liefere, die andre Hälfte beziehe, wodurch in beiden Fällen mein Verlust $2\frac{1}{4}$ % beträgt.

Stücke fest kaufe [1]. Endlich kann ich eine gekaufte Stellage in eine verkaufte Rückprämie bzw. eine gekaufte Vorprämie in Höhe des doppelten Nennbetrages verwandeln, indem ich einen der Stellage gleich großen Betrag fest verkaufe bzw. kaufe (Beispiel 6 und 7) [2].

Daraus ergibt sich, daß die Stellage ein doppeltes Prämiengeschäft und die Spannung gleich dem Vierfachen der einfachen Prämie ist, während Vorprämie und Rückprämie einander gleich sind.

Dies gilt aber, wie schon bemerkt, nur dann, wenn die sämtlichen Geschäfte auf einen Kurs auslaufen. Werden aber die betreffenden Ausgleichsgeschäfte nicht am gleichen Tage gemacht, so kommt es häufig vor, daß das Ausgleichsgeschäft zu einem anderen Kurse geschlossen wird als zu demjenigen, auf welchem das erste Geschäft beruht. Angenommen, es handelt sich darum, eine gekaufte Vorprämie $186\frac{1}{8}/1\frac{1}{8}$ V. bzw. eine verkaufte Rückprämie $183\frac{7}{8}/1\frac{1}{8}$ R. (Beispiel Nr. 4 und 5) bei einem Tageskurs von $184\frac{3}{8}$ in eine Stellage umzuwandeln. Hier beträgt der Ekart bei der Vorprämie $1\frac{3}{4}$ %, bei der Rückprämie $\frac{1}{2}$ %, während die Prämie in beiden Fällen $1\frac{1}{8}$ % ist.

Die Umwandlung der Vor- bzw. Rückprämie in eine Stellage geschieht durch den festen Verkauf bzw. Kauf der halben Anzahl Stücke. Hierdurch ergeben sich für den Prämienzahler folgende Wahlrechte:

1. Kauf 30 000 Mk. $186\frac{1}{8}/1\frac{1}{8}$ V. mit Verkauf 15 000 Mk. $184\frac{3}{8}$ fest =
   a) 2 · Kauf $186\frac{1}{8}$ mit Verk. $184\frac{3}{8}$ = Kauf $186\frac{1}{8}$ mit Zahlung $1\frac{3}{4}$ % = Kauf $187\frac{7}{8}$,
   b) Zahlung $2\frac{1}{4}$ % mit Verk. $184\frac{3}{8}$ = Verk. $182\frac{1}{8}$;

   Dies entspricht dem Kauf einer Stellage $187\frac{7}{8}/182\frac{1}{8}$ (Spannung $5\frac{3}{4}$, Mitte 185);
2. Verkauf 30 000 Mk. $183\frac{7}{8}/1\frac{1}{8}$ R. mit Kauf 15 000 Mk. $184\frac{3}{8}$ fest =
   a) 2 · Verkauf $183\frac{7}{8}$ mit Kauf $184\frac{3}{8}$ = Verk. $183\frac{7}{8}$ mit Zahlung $\frac{1}{2}$ % = Verk. $183\frac{3}{8}$,
   b) Zahlung $2\frac{1}{4}$ mit Kauf $184\frac{3}{8}$ = Kauf $186\frac{5}{8}$.

   Dies entspricht dem Kauf einer Stellage $186\frac{5}{8}/183\frac{3}{8}$ (Spannung $3\frac{1}{4}$, Mitte 185).

Bei der Vorprämie wird sonach der obere Kurs der Stellage gebildet durch den Prämienkurs + Ekart, der untere Kurs durch den festen Kurs — doppelte Prämie. Bei der Rückprämie wird der obere Kurs der Stellage gebildet durch den festen Kurs + doppelte Prämie, der untere Kurs durch den Prämienkurs — Ekart. Die Spannung berechnet sich also in beiden Fällen wie folgt:

1. (Prämienkurs + Ekart) — (fester Kurs — doppelte Prämie) = Prämienkurs + Ekart — fester Kurs + doppelte Prämie;
2. (fester Kurs + doppelte Prämie) — (Prämienkurs — Ekart) = fester Kurs + doppelte Prämie — Prämienkurs + Ekart.

Da nun die Differenz von Prämien- und festem Kurs nichts anderes ist als der Ekart, so ergibt sich: Sind Ekart und Prämie nicht gleich groß, so ist die Stellagenspannung gleich dem doppelten Ekart + der doppelten Prämie oder Ekart + Prämie sind gleich der Hälfte der Spannung [3].

Der Mittelkurs der Stellage muß in beiden Beispielen deswegen 185 sein, weil die Mitte der Stellage stets identisch sein muß mit dem Kurs, auf dem das umzuwandelnde Prämiengeschäft beruht, da nur Prämiengeschäfte, welche auf gleicher Basis beruhen, ausgleichbar sind.

---

[1] Beispiel Nr. 4 in schematischer Darstellung:

a) 2 · Kauf $186\frac{1}{8}$
b) Zahlung $2\frac{1}{4}$ %
mit
a) Verk. 185 = K. $186\frac{1}{8}$, Zahlg. $1\frac{1}{8}$ % = K. $187\frac{1}{4}$
b) Verkauf 185 = Verk. $182\frac{3}{4}$
} = K. St. $187\frac{1}{4}/182\frac{3}{4}$.

[2] Beispiel Nr. 7 in schematischer Darstellung:

a) Kauf $187\frac{1}{4}$
b) Verkauf $182\frac{3}{4}$ %
mit
a) Kauf 185 = 2 · Kauf $186\frac{1}{8}$
b) Kauf 185 = Zahlung $2\frac{1}{4}$ %
} = 2 · Kauf $186\frac{1}{8}/1\frac{1}{8}$ V.

[3] Zu beachten ist, daß man von einem Ekart nur sprechen kann, wenn der feste Kurs niedriger ist als der Kurs der Vorprämie bzw. höher ist als der Kurs der Rückprämie. Andernfalls (z. B. wenn bei $183\frac{7}{8}/1\frac{1}{8}$ R. der feste Kurs 183 wäre) würde das Prämiengeschäft in Verbindung mit dem festen Geschäft ohne weiteres einen Gewinn ergeben, also auch eine Ausgleichung nicht in Frage kommen.

Dagegen kann, wie die beiden zuletzt erwähnten Beispiele ergeben, der Kurs des festen Geschäfts von dem Kurse, auf dem das Prämiengeschäft beruht, abweichen. In diesem Falle ergibt sich eine Stellage mit schiefer Mitte, d. h. eine Stellage, deren Mittelkurs vom Tageskurs abweicht.

Ein Ekart entsteht stets beim Nochgeschäft. In dem oben Nr. 8 angeführten Beispiel (Kauf 30 000 Mk. 185¾ mit einmal Noch) beträgt der Tageskurs 185, der Nochkurs 185¾. Der Nochekart, d. i. die Differenz von Tageskurs und Nochkurs, stellt die von dem Wahlberechtigten bezahlte Vergütung dar. In diesem Beispiel lassen sich die Wahlrechte des Prämienzahlers wie folgt darstellen:

Kauf 30 000 Mk. 185¾ mit einmal Noch

= Kauf 30 000 Mk. 185 mit { a) Kauf 30 000 Mk. 186½, b) Zahlung ¾ %

= Kauf 30 000 Mk. 185 mit Kauf 30 000 Mk. 186½/¾ B.

Entsprechend stellt sich der Verkauf 30 000 Mk. 184¼ mit einmal Noch als Verkauf 30 000 Mk. 185 fest mit Verkauf 30 000 Mk. 183½/¾ R. dar.

Wohl zu unterscheiden sind hier der Nochekart, d. i. die Prämie beim Nochgeschäft und der Prämienekart, d. i. die Differenz von Prämienkurs (186½) und festem Kurs (185).

An Stelle der Vorprämie kann auch die Hälfte des Betrages fest, für die andere Hälfte eine Stellage gekauft werden (siehe oben Beispiel 7). Nach den oben entwickelten Grundsätzen muß die Mitte dieser Stellage 185¾, weil auf diesem Kurs die Vorprämie basiert, und die Hälfte der Spannung 1½ + ¾ = 2¼ % sein[1], so daß das Geschäft sich wie folgt darstellt:

Kauf 30000 Mk. 185 mit Kauf 15000 Mk. 185 mit Kauf 15000 Mk. Stellage 188/183½

= Kauf 45 000 Mk. 185 mit Kauf 15 000 Mk. Stellage 188/183½.

Angenommen, es sind 15 000 Mk. mit zweimal Noch gekauft, der feste Kurs beträgt 185, der Nochekart 1⅛. Da sich der Nochekart hier auf 2 Geschäfte verteilt, beträgt die Vorprämie $^9/_{16}$, was zum Nochkurs (186⅛) hinzugeschlagen einen Prämienkurs von $186^{11}/_{16}$ ergibt. Die Umwandlung geschieht demnach wie folgt:

Kauf 15 000 Mk. 186⅛ mit zweimal Noch

= Kauf 15 000 Mk. 185 mit Kauf 30 000 Mk. $186^{11}/_{16}/^9/_{16}$ B.

= Kauf 30 000 Mk. 185 mit Kauf 15 000 Mk. St. 188⅜/183⅞[2].

Aus obigen Beispielen lassen sich folgende Regeln entwickeln: Ein Nochgeschäft, bei welchem der Käufer das Recht der Nachforderung hat, wird ausgeglichen, indem man den festabgeschlossenen Nennbetrag fest kauft, ferner die Hälfte des Betrages, der nachgefordert werden kann, fest und für die andere Hälfte eine Stellage kauft. Entsprechend wird ein Nochgeschäft, bei welchem der Verkäufer das Recht der Nachlieferung hat, ausgeglichen, indem man den fest abgeschlossenen Betrag fest verkauft, ferner die Hälfte des Betrages, der nachgeliefert werden kann, fest verkauft und für die andere Hälfte eine Stellage kauft. Für die Berechnung der Kurse des Vorprämiengeschäfts und der Stellagespannung ergeben sich folgende Grundsätze:

Der Kurs des Vorprämiengeschäfts ergibt sich, indem man zu dem festen Kurs den Betrag des Nochekarts und den Betrag des Nochekarts geteilt durch die Anzahl der Nochs addiert: $e + \frac{e}{n}$. Dieser Betrag stellt den Ekart des Prämiengeschäftes dar. Die Prämie ergibt sich, indem man den Ekart durch die Zahl der Nochs teilt: $\frac{e}{n}$. Die Hälfte der Stellage-

[1] Beweis in schematischer Darstellung: 2 · Kauf 186½ / ¾ B.

= { a) 2 · K. 186½ = K. 185 mit K. 188 ; b) Zahlung 1½% = K. 185 mit Verk. 183½ } = K. 185 mit K. Stell. 188/183½

[2] a) 2 · Kauf $186^{11}/_{16}$ = Kauf 185 mit Kauf 188⅜
b) Zahlung 1⅛ = Kauf 185 mit Verkauf 183⅞.

spannung ergibt sich, indem man Prämienekart und Prämie addiert: $e + \frac{e}{n} + \frac{e}{n}$. Die Stellagenspannung stellt den doppelten Betrag dar: $2 \cdot (e + \frac{e}{n} + \frac{e}{n}) = 2e + \frac{4}{n}e = e\,(2 + \frac{4}{n})$. Man braucht also den Ekart nur mit der Verhältniszahl 6 (einmal Noch), 4 (zweimal Noch) usw. zu multiplizieren, um den Betrag der Spannung zu erhalten. Die Mitte der Stellage endlich ergibt sich aus dem festen Kurs zuzüglich dem Nochekart. Ist umgekehrt die Stellagenspannung bekannt, so ermittelt man den Ekart, indem man die Spannung durch die Verhältniszahl teilt.

Während die gewöhnlichen Termingeschäfte jeweils nur auf den Ultimo des betreffenden Monats abgeschlossen werden können, werden in Prämiengeschäften vielfach auch auf den Ultimo eines späteren Monats Abschlüsse gemacht. In diesen Fällen muß das fest abgeschlossene Geschäft, das zur Ausgleichung des Prämiengeschäftes verwendet wird, so oft prolongiert werden, bis sein Lieferungstermin mit dem des Prämiengeschäftes zusammenfällt. In diesen Fällen entsteht wiederum ein Ekart, da die Kosten der Prolongation, der Report, zum Kurse des festen Geschäftes zugeschlagen werden müssen. Angenommen, es wurden Anfang Juni bei einem Tageskurs von 185 Stellagen in Diskonto-Kommanditanteilen per Ultimo Juli mit 6½% Spannung gehandelt, so stellt sich die Vorprämie Ultimo Juli auf $1^5/_8$. Das Geschäft würde sich also wie folgt darstellen (vgl. Beispiel Nr. 7):

Kauf 30 000 Mk. $186^5/_8/1^5/_8$ V. = Kauf 15 000 Mk. St. $188\frac{1}{4}/181\frac{3}{4}$ mit Kauf 15 000 Mk. 185 fest.

Da das feste Geschäft zu 185 auf Ultimo Juni abgeschlossen wird, so muß es auf Ultimo Juli geschoben, also einmal prolongiert werden. Da der Reportsatz erst Ende Juni festgestellt wird, muß er geschätzt werden. Der Report für Diskonto-Kommanditanteile war Ende Mai mit 0,3875—0,3625% notiert. Es tritt also durch die einmalige Prolongation für das feste Geschäft ein Zuschlag von rund $^3/_8$% ein. Da nun Ekart und Prämie gleich sein muß der Hälfte der Spannung, so muß die zugehörige Stellage hier $187^7/_8/182^1/_8$ lauten [1]. In der Praxis wird man den Report zu dem Kurs der Vorprämie zuschlagen, so daß das Geschäft 187/15/8 V.[2]. und die zugehörige Stellage $188^5/_8/182^1/_8$ lautet.

Angenommen ferner, es werden Anfang Juni bei einem Tageskurs von 185 30 000 Mk. Diskonto-Kommandit mit einmal Noch in Käuferswahl auf Ultimo Juli gekauft. Da die Stellagenspannung 6½% beträgt, so würde an sich der Ekart des Nochgeschäftes $1^1/_{12}$% betragen. Hierzu kommen $^3/_8$% für die Prolongation, so daß der Kurs des Nochgeschäftes sich auf rund 186½ stellt.

V. Das Recht des Börsentermingeschäfts.

1. Erlaubte Börsentermingeschäfte. Der Abschnitt IV des Börsengesetzes, enthaltend die zivilrechtlichen Bestimmungen über die Börsentermingeschäfte, ist von Anfang an der umstrittenste Teil des Gesetzes gewesen. Das Gesetz verfolgt die Absicht, Unberufene von der Teilnahme an der Spekulation in der Form des Börsentermingeschäftes abzuhalten, und hatte zu diesem Zwecke die Einrichtung des Börsenregisters geschaffen; Voraussetzung für die Rechtsgültigkeit des Geschäftes war, daß beide Teile, sowohl der Bankier wie der Kunde, zur Zeit des Geschäftsabschlusses in das Börsenregister für den betreffenden Geschäftszweig eingetragen waren. Von der Eintragung in das Börsenregister wurde aber nur von wenigen Personen Gebrauch gemacht, insbesondere verweigerte

---

[1] Schematische Darstellung: 2 · Kauf $186^6/_8 / 1^5/_8$ V. =
a) 2 · K. $186^5/_8/1^5/_8$ V. = $185^3/_8$ mit K. $187^7/_8$ } = K. $185\frac{3}{8}$ mit K. Stell. $187^7/_8/182^1/_8$.
b) Zahlung $3^1/_4$% = K. $185^3/_8$ mit Verk. $182^1/_8$ }

[2] Nach Frankfurter Usance ist der Report in dem Prämiensatz enthalten. Bei $^3/_8$% Report (= $^3/_{16}$ auf den doppelten Betrag) würde das Geschäft $186^{13}/_{16}/1^{13}/_{16}$ V. und die zugehörige Stellage unverändert $184\frac{1}{4}/181\frac{3}{4}$ lauten.

das Publikum die Eintragung. Nun hatte das Gesetz von 1896 an die Spitze des Abschnittes IV eine Begriffsbestimmung des Börsenterminge schäftes gestellt, wonach als solche Geschäfte gelten sollten Geschäfte auf eine festbestimmte Lieferungszeit (Fixgeschäfte), wenn sie nach Geschäftsbedingungen geschlossen wurden, die von dem Börsenvorstand für den Terminhandel festgesetzt sind, und wenn für sie eine amtliche Feststellung von Terminpreisen erfolgte. Man suchte sich daher dadurch zu helfen, daß die Geschäfte in einer Form abgeschlossen wurden, welche von den gesetzlich festgesetzten Merkmalen abwichen (handelsrechtliche Lieferungsgeschäfte, Kassakontokorrentgeschäfte usw.). Das Reichsgericht hat aber diese Bestrebungen vereitelt, indem es die gesetzlichen Bestimmungen über den Börsenterminhandel auf alle Geschäfte ausdehnte, von denen es annahm, daß sie wirtschaftlich als Surrogate der Börsenterminge schäfte dienten und zur Umgehung der börsengesetzlichen Bestimmungen abgeschlossen waren (RGZ. 42, 43 ff.; 44, 103 ff.). Somit war dem gesamten Börsenterminhandel der Rechtsboden entzogen. Als großer Mißstand stellte sich ferner heraus, daß infolge des gesetzlichen Verbots des Börsenterminhandels in Bergwerks- und Industrieunternehmungen das Gezahlte noch während einer Frist von 30 Jahren zurückgefordert werden konnte. Die Novelle vom Jahre 1908 hat die Eintragung in das Börsenregister durch die Eintragung in das Handelsregister ersetzt und eine Beteiligung der nicht in das Handelsregister eingetragenen Personen am Börsenterminhandel in Wertpapieren unter der Voraussetzung einer Sicherheitsleistung gestattet. Die Rückforderbarkeit des Geleisteten ist auch bei verbotenen Geschäften, ausgenommen bei Börsenterminge schäften in Getreide, ausgeschlossen worden. Die Bestimmungen über den Getreideterminhandel sind dagegen unter anderem durch Strafbestimmungen noch verschärft worden.

Eine Begriffsbestimmung des Börsenterminge schäfts enthält das Gesetz in seiner neuen Fassung nicht mehr. Die Frage ist vielmehr der Rechtsprechung überlassen worden, und die bisherige Rechtsprechung des Reichsgerichtes bleibt insoweit maßgebend. In bezug auf die Rechtswirksamkeit der Geschäfte unterscheidet das Gesetz erlaubte und verbotene Börsenterminge schäfte, sowie handelsrechtliche Lieferungsgeschäfte in Getreide und Erzeugnissen der Getreidemüllerei. Zur Rechtswirksamkeit der erlaubten Börsenterminge schäfte ist die Börsenterminge schäftsfähigkeit der Kontrahenten Voraussetzung. Börsenterminge schäftsfähig sind

I. in das Handelsregister eingetragene Vollkaufleute und eingetragene Genossenschaften (§ 53 Abs. 1).

II. Diesen Kaufleuten stehen gleich:

1. Personen, die zur Zeit des Geschäftsabschlusses oder früher berufsmäßig Börsenterminge schäfte oder Bankiergeschäfte betrieben haben oder zum Besuch einer dem Handel mit Waren der bei dem Geschäft in Frage kommenden Art oder einer dem Handel mit Wertpapieren dienenden Börse mit der Befugnis zur Teilnahme am Börsenhandel dauernd zugelassen waren;

2. Personen, die im Inlande zur Zeit des Geschäftsabschlusses weder einen Wohnsitz noch eine gewerbliche Niederlassung haben.

Die Börsenterminge schäftsfähigkeit der unter II. genannten Personen ist eine persönlich beschränkte. Diese sind nämlich börsenterminge schäftsfähig nur im Verkehr mit Vollkaufleuten oder miteinander selbst, also nicht im Verkehr mit dem Publikum. Außerdem ist für Besucher einer Warenbörse die Börsenterminge schäftsfähigkeit auch eine sachlich beschränkte, nämlich auf Börsenterminge schäfte in solchen Waren, wie sie an der betreffenden Warenbörse gehandelt werden.

Andere Personen als die oben genannten besitzen die Börsenterminge schäftsfähigkeit nicht. Hierher gehört insbesondere das Publikum. Allein Geschäfte in Wertpapieren, die ein Vollkaufmann mit einer nicht börsenterminge schäftsfähigen Person, also insbesondere der Bankier mit seinen Kunden, macht, sind — und hierin liegt eine der hauptsächlichsten Konzessionen, welche bei der Reform des Börsengesetzes gemacht wurden — wirksam unter der Voraussetzung, daß der Bankier sich für die Erfüllung des Geschäfts eine Sicherheit hat bestellen lassen (§ 54). Die Rechtswirkungen aus dem Geschäft sind in diesem Falle für beide Kontrahenten verschieden: der Bankier wird aus dem Geschäft voll verpflichtet, dagegen haftet der Kunde aus dem Geschäft nur mit der geleisteten Sicherheit. Für die Bestellung der Sicherheit sind eine Reihe erschwerender Bestimmungen getroffen. Die Sicherheit muß insbesondere

aus Geld oder kurshabenden Wertpapieren bestehen, sie muß schriftlich bestellt sein, das Schriftstück muß die Erklärung enthalten, daß die Sicherheit zur Deckung von Verlusten aus Börsentermingeschäften bestimmt ist. Andere Erklärungen des Bestellers der Sicherheit darf das Schriftstück nicht enthalten.

Unter den erlaubten Börsentermingeschäften sind zu unterscheiden die offiziellen Börsentermingeschäfte, das sind Börsentermingeschäfte in Waren oder Wertpapieren, die zum Börsenterminhandel zugelassen sind, und die nach den vom Börsenvorstand festgesetzten Geschäftsbedingungen abgeschlossen sind; inoffizielle oder freie Börsentermingeschäfte sind solche, deren Zulassung zum Börsenterminhandel verweigert oder nicht nachgesucht ist, oder die nach anderen als vom Börsenvorstand festgesetzten Geschäftsbedingungen abgeschlossen sind.

Für die Zulassung von Wertpapieren oder Waren zum Börsenterminhandel bedarf es eines Beschlusses des Börsenvorstandes. Ein Antrag ist hierfür nicht erforderlich. Auch bestehen keine sonstigen Voraussetzungen, wie sie für die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel bestimmt sind. Der Börsenvorstand hat nur vor der Zulassung von Waren zum Börsenterminhandel Vertreter der beteiligten Erwerbskreise gutachtlich zu hören und das Ergebnis dem Reichskanzler mitzuteilen. Die Zulassung darf erst erfolgen, nachdem der Reichskanzler erklärt hat, daß er zu weiteren Ermittlungen keinen Anlaß finde. Die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenterminhandel hat zur Voraussetzung, daß die Wertpapiere zum Börsenhandel gemäß den S. 210 ff. erwähnten Bestimmungen bereits zugelassen sind, und daß der Nennwert der Stücke sich auf mindestens 20 Millionen Mark beläuft. Anteile einer inländischen Erwerbsgesellschaft dürfen nur mit Zustimmung der Gesellschaft zum Börsenterminhandel zugelassen werden (§ 50). Vor der Zulassung hat der Börsenvorstand die Geschäftsbedingungen für den Börsenterminhandel (bei Wertpapieren insbesondere den Mindestbetrag des Abschlusses nach Nominalbetrag oder Stückzahl) festzusetzen (§ 50 Abs. 2). Ist die Zulassung von Waren oder Wertpapieren zum Börsenterminhandel verweigert, so treten im allgemeinen dieselben Wirkungen ein, die an die Verweigerung der Zulassung zum Börsenhandel geknüpft sind. Börsenterminegeschäfte in solchen Waren oder Wertpapieren sind von der Benutzung der Börseneinrichtungen ausgeschlossen und dürfen von keinem Kursmakler vermittelt werden. Auch dürfen keine Preislisten für solche Geschäfte veröffentlicht werden. Anders verhält es sich dagegen bei Geschäften in Waren oder Wertpapieren, für welche die Zulassung zum Börsenterminhandel nicht nachgesucht ist. Hier treten die oben bezeichneten Wirkungen nicht ohne weiteres ein, vielmehr ist erst vom Börsenvorstand ein dahingehender Beschluß zu fassen. Der Börsenvorstand kann diesen Beschluß auf höchstens ein Jahr aussetzen, wenn Verhandlungen wegen Zulassung der Waren oder Wertpapiere zum Börsenterminhandel schweben (§ 51). Der Grund für die verschiedene Behandlung liegt darin, daß die Zulassung zum offiziellen Börsenterminhandel gewöhnlich nicht ohne weiteres erfolgen kann, sondern erst, wenn sich in den betreffenden Wertpapieren oder Waren ein freier Terminhandel herausgebildet hat und so ein Bedürfnis für die Zulassung zum offiziellen Börsenterminhandel in Erscheinung getreten ist.

In bezug auf die Voraussetzung ihrer Rechtswirksamkeit stehen offizielle und inoffizielle Börsenterminegeschäfte einander gleich. Dagegen besteht in bezug auf den Umfang ihrer Rechtswirksamkeit ein wichtiger Unterschied insofern, als bei offiziellen Börsenterminegeschäften die Erhebung des Differenz- und Spieleinwandes ausgeschlossen ist (§ 58). Für inoffizielle Börsenterminegeschäfte, zu denen nach einem Urteil des Reichsgerichts (76, 371) auch die Terminegeschäfte an den auswärtigen Börsen zu rechnen sind, gilt dieser Grundsatz nicht.

Wenn die Kontrahenten die Börsenterminegeschäftsfähigkeit nicht besitzen bzw. eine Sicherheit nicht geleistet ist, so ist das Geschäft unwirksam, jedoch mit folgenden Einschränkungen: Das auf Grund des Geschäfts Geleistete kann nicht zurückgefordert werden. Forderungen aus dem Geschäft können zur Aufrechnung gegen Forderungen aus anderen (wirksamen) Börsenterminegeschäften benutzt werden, auch wird die Ungültigkeit des Geschäfts geheilt, wenn das Geschäft von seiten eines Kontrahenten unter Zustimmung des anderen effektiv erfüllt worden ist (§§ 55—57).

2. Verbotene Börsenterminegeschäfte. Durch das Gesetz sind Börsenterminegeschäfte in verschiedenen Waren verboten; auch ist dem Bundesrat die Befugnis bei-

gelegt, Börsenterminge schäfte in bestimmten Waren oder Wertpapieren zu verbieten. Durch das Gesetz verboten sind Börsenterminge schäfte in Anteilen von Bergwerks- und Fabrikunternehmungen, soweit sie vom Bundesrat nicht genehmigt sind. Der Bundesrat hat für eine Reihe der wichtigsten Bergwerks- und Fabrikunternehmungen die Genehmigung erteilt. Ferner sind durch das Gesetz Börsenterminge schäfte in Getreide und Erzeugnissen der Getreidemüllerei verboten.

Die verbotenen Börsenterminge schäfte sind unwirksam. Der Umfang der Unwirksamkeit ist aber verschieden: Bei Börsenterminge schäften in Getreide und Erzeugnissen der Getreidemüllerei ist die Rückforderung des Geleisteten während eines Zeitraumes von zwei Jahren seit Bewirkung der Leistung zulässig. Ist die Rückforderung vor dem Ablauf der Frist dem anderen Teil gegenüber schriftlich erklärt worden, so verjährt das Recht auf Rückforderung erst in 30 Jahren seit Bewirkung der Leistung. Bei den übrigen verbotenen Börsenterminge schäften findet dagegen eine Rückforderung des Geleisteten nicht statt.

Der Abschluß von verbotenen Börsenterminge schäften in Getreide und Erzeugnissen der Getreidemüllerei ist aber außerdem unter Androhung von Disziplinar- und sogar kriminellen Strafen verboten. Wer nämlich vorsätzlich ein solches verbotenes Börsenterminge schäft abschließt, hat eine Ordnungsstrafe bis zu 10 000 Mk. verwirkt. Diesem Ordnungsstrafverfahren widmet das Gesetz einen besonderen Abschnitt (§§ 71–87). Wer bereits zweimal zur Zahlung einer Ordnungsstrafe rechtskräftig verurteilt ist, wird, wenn er aus dem Abschluß von verbotenen Börsenterminge schäften ein Gewerbe macht, mit Gefängnis und mit Geldstrafen bis zu 10 000 Mk. bestraft (§ 91). Die gleiche Strafe trifft denjenigen, der in gewinnsüchtiger Absicht, um den Preis von Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei im Widerspruche mit der durch die allgemeine Marktlage gegebenen Entwicklung zu beeinflussen, verbotene Termingeschäfte oder Differenzgeschäfte abschließt (§ 92).

Diese Bestimmungen haben bisher praktische Bedeutung nicht erlangt und werden sie auch kaum erlangen. Insbesondere erscheint zweifelhaft, ob es überhaupt möglich ist, ein einzelnes verbotenes Börsenterminge schäft abzuschließen. Der Begriff des Börsenterminge schäfts setzt gerade voraus, daß ein Markt für solche Geschäfte vorhanden ist, also fortdauernd eine große Anzahl von derartigen Geschäften mit usancenmäßig bestimmtem Vertragsinhalt abgeschlossen werden, was jedoch in Anbetracht der gesetzlichen Bestimmungen kaum möglich erscheint.

3. Handelsrechtliche Lieferungsgeschäfte in Getreide und Erzeugnissen der Getreidemüllerei. An Stelle des verbotenen Börsenterminhandels hat das Gesetz eine andere Geschäftsform zugelassen, die dem Terminge schäft insofern ähnlich ist, als es sich dabei gleichfalls um einen börsenmäßigen Zeithandel mit typischen Geschäftsbedingungen handelt. Es sind dies die sogenannten handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte, deren Abschluß unter folgenden Voraussetzungen gestattet ist: Es dürfen als Vertragschließende nur beteiligt sein Erzeuger oder Verarbeiter der betreffenden Waren sowie solche Kaufleute oder eingetragene Genossenschaften, zu deren Geschäftsbetriebe der Ankauf der Verkauf oder die Beleihung dieser Waren gehört. Ferner müssen die Geschäfte nach vom Bundesrat genehmigten Bedingungen abgeschlossen sein. Der wesentliche Inhalt dieser Bedingungen ist im Gesetz festgelegt (§ 67). Die diesbezügliche Bekanntmachung des Bundesrats ist unter dem 29. Mai 1908 (Reichsgesetzblatt S. 240 ff.) ergangen.

Auf solche Geschäfte kommen die Bestimmungen des Börsengesetzes über den Börsenterminhandel nicht zur Anwendung, es gelten vielmehr für sie lediglich die allgemeinen Bestimmungen des BGB. bzw. des HGB. Um jedoch zu verhindern, daß die Geschäfte nach Art der Börsenterminge schäfte zum Börsenspiel benutzt werden, ist ausdrücklich bestimmt, daß das Geschäft wie ein verbotenes Börsenterminge schäft gemäß § 66 unwirksam sein solle, wenn es in der Absicht geschlossen wurde, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teile an den gewinnenden gezahlt werden soll (§ 68)[1].

[1] Über die Anwendbarkeit dieser den Differenzeinwand betreffenden Bestimmung s. S. 216.

B. Bankwesen.

I. Die Reichsbank.

Öffentliche Bankinstitute lassen sich in den großen Handelsplätzen der Mittelmeerländer schon für das 15. Jahrhundert nachweisen. In Hamburg wurde 1619 die Hamburger Bank gegründet, die bis zum Jahre 1873 bestand, wo sie in eine Filiale der Reichsbank umgewandelt wurde. In Nürnberg bestand ein ähnliches Institut unter dem Namen Banco Publico bis zum Jahre 1827. In den Zeiten der Münzverwirrung war die Hauptaufgabe dieser Banken, gegen Hinterlegung von vollwichtigen Münzen oder Barren den Zahlungs-, insbesondere Giroverkehr zu übernehmen. Die Ausgabe von Banknoten erfolgte zuerst durch englische und schottische Banken in Anlehnung an die Gewohnheit englischer Goldschmiede, für das bei ihnen hinterlegte Geld schriftliche, jederzeit fällige Zahlungsversprechen auszugeben. Die erste Bank, welche den Typus der modernen Notenbanken darstellt, also neben der Notenausgabe das Zahlungs-, Diskont- und Lombardgeschäft betrieb, war die 1694 errichtete Bank von England; sie wurde von einer privaten Korporation errichtet, vom Staat aber mit gewissen Rechten und Pflichten ausgestattet. In Preußen wurde auf Veranlassung Friedrichs des Großen durch Edikt vom 17. Juni 1765 als Staatsanstalt die „Königliche Giro- und Lehnbank in Berlin" gegründet, die im Jahre 1766 das Recht der Notenausgabe erhielt. Durch die Kabinettsorder vom 11. April 1846 und die Bankordnung vom 5. Oktober 1846 wurde die Bank unter dem Namen „Preußische Bank" in ein privates Institut mit staatlicher Verwaltung, einem Aktienkapital von 10 Mill. Talern und einem Kapitaleinschuß des Staates von einer Mill. Talern umgewandelt. Die Ausgabe von Noten, die zu einem Drittel bar gedeckt sein mußten, wurde auf 21 Mill. Taler bemessen, im Jahre 1856 unbegrenzt zugelassen. Das Grundkapital wurde im Jahre 1856 auf 15, im Jahre 1866 auf 20 Mill. Taler erhöht. Durch das Bankgesetz vom 14. März 1875 wurde die gegenwärtige Reichsbank geschaffen, indem auf Grund des im § 61 des Gesetzes vorgesehenen Vertrages die Preußische Bank an das Reich abgetreten wurde. Die Reichsbank erhielt zunächst die Konzession bis zum Jahre 1891; sie kann von da ab um je 10 Jahre verlängert werden, wozu die Zustimmung des Reichstages notwendig ist (BankGes. § 41). Das Gesetz ist eingeteilt in drei Hauptabschnitte: Allgemeine Bestimmungen (§§ 1—11), Reichsbank (§§ 12—41), Privatnotenbanken (§§ 42—54). Diese Systematik erklärt sich historisch. Die Allgemeinen Bestimmungen galten gleichmäßig für die Reichsbank wie für die Privatnotenbanken; sie sind aber mittlerweile mehrfach zugunsten der Reichsbank durchbrochen worden. Eine zusammenfassende Behandlung der Reichsbank und der Privatnotenbanken erscheint im übrigen auch wegen der überragenden Stellung der Reichsbank nicht sachgemäß.

Die Reichsbank besitzt die Eigenschaft einer juristischen Person (§ 12). Sie ist aber keine Aktiengesellschaft; ihre Anteilscheine sind nicht als Aktien zu bezeichnen (RG. 15, 234). Sie ist vielmehr eine vom Reichsfiskus getrennte Anstalt des öffentlichen Rechtes; die für sie geltenden Normen sind im Bankgesetz und im Statut der Reichsbank vom 21. Mai 1875 enthalten, das auf Grund § 40 des Bankgesetzes vom Kaiser im Einvernehmen mit dem Bundesrat zu erlassen war. Die Organisation der Reichsbank ist allerdings der der Aktien-

---

Literatur: James Breit, Bankgesetz in den Handelsgesetzen des Erdballs, Bd. XIII Abt. 2; Hentschel, Bankgesetz 1910; Koch, Münzgesetzgebung, 6. Aufl. 1910, Jubiläumsbericht der Reichsbank 1876—1900; Hellferich, Geschichte des deutschen Geldwesens, 1898, Entwicklung des deutschen Notenwesens Jahrb. f. Gesetzg. 1898, 995 ff.

gesellschaft nachgebildet, unterscheidet sich aber von dieser wesentlich dadurch, daß, obgleich das Grundkapital vollständig im Besitze von Privatpersonen sich befindet, den Anteilseignern ein entscheidender Einfluß auf die Verfassung oder Verwaltung der Bank nicht zusteht. Die Reichsbank und ihre Zweiganstalten sind frei von staatlichen Einkommen- und Gewerbesteuern (§ 21). Die Bestimmungen des HGB. über die Eintragung in das Handelsregister finden auf sie keine Anwendung. Das Grundkapital der Reichsbank war ursprünglich 120 Mill. Mk., eingeteilt in Anteile von je 3000 Mk. Durch die Novelle vom 7. Juni 1899 wurde das Kapital mit Gesetzeskraft vom 1. Januar 1901 um weitere 60 Mill. Mk., in Anteilen von je 1000 Mk., erhöht. Die Anteile lauten auf Namen und sind durch Indossament übertragbar (§ 23 Abs. 3, Statut § 5). Betreffs der Form des Indossaments kommen die Bestimmungen der Art. 11 bis 13 der WO. zur Anwendung, dagegen sind die materiellen Bestimmungen über die Indossamente, insbesondere Art. 36 (Legitimation des Wechselbesitzers), 74, 82 (Schutz des gutgläubigen Erwerbers) nicht für anwendbar erklärt. Die Eigentümer werden in die Stammbücher der Reichsbank eingetragen. Im Verhältnis zur Reichsbank gilt nur der Eingetragene als Eigentümer.

Die Reichsbank steht unter Aufsicht und Leitung des Reichs (§ 12). Die Aufsicht wird von einem Bankkuratorium ausgeübt, das sich einmal vierteljährlich versammelt und aus dem Reichskanzler und vier Mitgliedern besteht. Eines der Mitglieder ernennt der Kaiser, die anderen der Bundesrat (§ 25). Die oberste Leitung der Bank obliegt dem Reichskanzler; unter ihm steht als verwaltende, ausführende und die Reichsbank nach außen vertretende Behörde das Reichsbankdirektorium, das aus dem Präsidenten und der erforderlichen Anzahl von Mitgliedern besteht, die wie der Präsident auf Vorschlag des Bundesrats vom Kaiser auf Lebenszeit ernannt werden (§ 27). Die Reichsbank ist berechtigt, allerorten im Reichsgebiet Zweiganstalten zu errichten (§ 12). Die Zweiganstalten gliedern sich in Reichsbankhauptstellen, die vom Bundesrat errichtet werden (z. B. 20), in Reichsbankstellen, die vom Reichskanzler errichtet werden (z. B. 77); an ihrer Spitze steht ein aus mindestens zwei Mitgliedern bestehender Vorstand (§ 36). Außerdem sieht das Gesetz noch unselbständige Zweiganstalten vor (§ 37), die zum Abschluß wichtiger Geschäfte der Zustimmung der vorgesetzten Anstalten bedürfen; als solche bestehen die Reichsbanknebenstellen und die Reichsbankwarendepots (am 31. Dezember 1912: 385 bzw. 4). Die Beamten der Reichsbank beziehen festes Gehalt, das von der Reichsbank getragen wird; nur die Vorstandsbeamten der Hauptstellen und Stellen erhalten auch Tantiemen. Die Aufsicht über die Reichsbankhauptstellen übt im Auftrag des Direktoriums der vom Kaiser ernannte Bankkommissarius aus (§ 36). Verpflichtet wird die Reichsbank durch die Unterschrift von zwei Mitgliedern des Reichsbankdirektoriums bzw. des Vorstandes der Reichsbankhauptstellen bezw. Bankstellen, oder den als Stellvertreter der letzteren bezeichneten Beamten (§ 38).

Die Organe der Anteilseigner sind die Generalversammlung, der Zentralausschuß und die Bezirksausschüsse. Die Generalversammlung wird jährlich zur Entgegennahme des Verwaltungsberichts nebst der Bilanz und Gewinnberechnung berufen. Sie wählt die Mitglieder des Zentralausschusses und beschließt über Erhöhung des Grundkapitals und Abänderung des Statuts, sofern diese Gegenstände in der Berufung ausdrücklich erwähnt sind (Stat. § 21). Der Zentralausschuß besteht aus 15 Mitgliedern, die von der Generalversammlung aus der Zahl derjenigen Anteilseigner gewählt werden, welche auf ihren Namen lautende Anteilsscheine über einen Mindestbetrag von 9000 Mk. besitzen; sie werden auf je drei Jahre gewählt, sind im Ehrenamt tätig, und 9 von ihnen müssen ihren Wohnsitz in Berlin haben. Der Zentralausschuß wird wenigstens einmal monatlich vom Präsidenten des Reichsbankdirektoriums berufen. Seine Hauptaufgabe ist, die Maßnahmen der Bankleitung, insbesondere Festsetzung des Diskontsatzes und Lombardzinsfußes, zu begutachten (§ 32). Zur fortlaufenden Kontrolle der Geschäftstätigkeit der Reichsbank wählt der Zentralausschuß aus seiner Mitte auf je ein Jahr drei Deputierte (§ 34). Neben dem Zentralausschuß bestehen für den Bezirk der Hauptstellen Bezirksausschüsse, deren Mitglieder aus den vom Bankkommissar und vom Zentralausschuß aufgestellten Vorschlagslisten vom Reichskanzler ausgewählt werden. Der Bezirksausschuß wählt zur fortlaufenden Kontrolle der Geschäftstätigkeit der Hauptstellen aus seiner Mitte zwei bis drei Beigeordnete (§ 36).

An den Vorschriften über die Verteilung des Gewinns zwischen Reichsbank und Anteilseignern (§ 24) sind jeweils durch die Novellen vom 18. Dezember 1889, 7. Juni 1899 und 1. Juni 1909 Änderungen vorgenommen worden, durch welche der Anteil des Reichs zuungunsten der Anteilseigner schrittweise vermehrt worden ist. Nach der letzten Novelle ist die Verteilung des Gewinns z. B. derart geregelt, daß die Anteilseigner zunächst eine ordentliche Dividende von 3½ % vom Grundkapital erhalten, die eventuell aus dem Reservefonds zu ergänzen ist. Den Rest erhalten zu einem Viertel das Reich, zu drei Vierteln die Anteilseigner; jedoch werden vom Anteil beider je 5% abgezogen und dem Reservefonds zugeführt.

Die Reichsbank hat die Aufgabe, „den Geldumlauf im gesamten Reichsgebiete zu regeln, die Zahlungsausgleichungen zu erleichtern und für die Nutzbarmachung verfügbaren Kapitals zu sorgen" (§ 12). Mit Rücksicht auf die besonderen Aufgaben, welche dem Zentralnoteninstitut zugewiesen sind, und im Zusammenhang mit dem Umstande, daß die Aktiva zur Deckung der ausgegebenen Noten jederzeit leicht realisierbar sein müssen, sind die Geschäfte, deren Betrieb der Reichsbank gestattet ist, im Gesetz einzeln aufgezählt. Ausgeschlossen sind hiernach alle Geschäfte spekulativen Charakters. Ferner sind zwei bestimmte Geschäftsformen, die an sich im Rahmen des zulässigen Geschäftsbetriebs liegen, der Reichsbank ausdrücklich verboten, nämlich die Akzeptierung von Wechseln und der Abschluß von Zeitgeschäften in Waren oder Wertpapieren für eigene oder fremde Rechnung (wozu insbesondere das Reportgeschäft gehört) oder die Übernahme einer Bürgschaft für Zeitgeschäfte (§ 7). Die der Reichsbank im einzelnen gestatteten Geschäfte sind die folgenden (§ 13):

1. Der An- und Verkauf von Gold und Silber in Barren und Münzen.

Ein Ankauf von Silber erfolgt tatsächlich nicht. Um so größere Bedeutung haben die Goldankäufe. Zur Förderung des Goldimports gewährt die Reichsbank zinsfreie Vorschüsse auf die Goldeinfuhr aus dem Auslande.

2. Der An- und Verkauf von Wechseln (Diskontgeschäft).

Das Diskontgeschäft ist von besonderer Bedeutung, weil das Wechselmaterial, abgesehen vom baren Gelde, die eigentliche Deckung für die Noten bildet und die Diskontpolitik als Maßstab für die Gewährung von kurzfristigem Kredit für das gesamte Geschäftsleben von außerordentlicher Bedeutung ist. Die Wechsel müssen eine Verfallzeit von höchstens drei Monaten haben, und es müssen aus ihnen in der Regel drei, mindestens aber zwei als zahlungsfähig bekannte Verpflichtete haften (Aussteller und Akzeptant). In der Praxis begnügt sich die Reichsbank in der Regel mit zwei guten Unterschriften. Unter dieser Voraussetzung sind auch bloße Tratten (nicht akzeptierte Wechsel) in der Regel diskontfähig; die Reichsbank legt diese unentgeltlich zur Annahme vor. Was die geschäftlichen Grundsätze für die Diskontierung betrifft[1], so kauft die Reichsbank nur solche Wechsel an, die an einem Reichsbankplatze oder an einem sog. Inkassoplatze zahlbar sind[2]. Bei der Prüfung der Sicherheit der Unterschriften kommt insbesondere die Höhe des von dem Verpflichteten in Anspruch genommenen Wechsel- usw. Kredits in Betracht. Grundsatz ist ferner, daß nur sog. Warenwechsel angekauft werden, d. h. Wechsel, die auf Grund einer Warentransaktion vom Verkäufer auf den Käufer ausgestellt sind. Dagegen werden sog. Finanzwechsel, d. h. Wechsel, welche lediglich der Kreditbeschaffung dienen, z. B. von Bankiers auf andere Bankiers oder Banken gezogene Wechsel, in der Regel nicht diskontiert. Die Reichsbank ist zwar befugt, die angekauften Wechsel zu verkaufen (rediskontieren), doch macht sie hiervon nur bei ausländischen Wechseln (Devisen) Gebrauch. Die Reichsbank hat ihren Diskontsatz jeweils öffentlich bekanntzugeben[3] (§ 15). Im Gegensatz zu dem Reichsbankdiskont steht der Privatdiskont des offenen Marktes, d. h. derjenige Satz, zu welchem an der Börse Privatdiskonten,

[1] Vgl. hierüber Prion, Das deutsche Wechseldiskontgeschäft.

[2] Die näheren Bestimmungen über die geschäftliche Tätigkeit der Reichsbank sind in den sog. Allgemeinen Bestimmungen über den Geschäftsverkehr mit der Reichsbank enthalten (grünes Heft).

[3] Der Diskontsatz bezieht sich nur auf Inlandwechsel; Auslandwechsel werden zum Kurswert gehandelt (vgl. oben S. 213).

d. h. die Akzepte der großen Banken und der ersten Privatbankiers, die auf Abschnitte von mindestens 5000 Mk. lauten und eine Laufzeit von mindestens 56 Tagen und höchstens drei Monaten haben, gehandelt werden[1]. Im Jahre 1880 ist die Reichsbank dazu übergegangen, bei ihren Zweiganstalten erstklassige, bestimmten Voraussetzungen genügende Wechsel auch unter dem offiziellen Diskontsatze anzukaufen (sog. Privatdiskont der Reichsbank). Diese Praxis wurde jedoch seit dem Jahre 1896 wieder verlassen. Durch die Novelle vom 7. Juni 1899, Art. 7 § 1 wurde die Reichsbank verpflichtet, nicht unter ihrem offiziellen Satze zu diskontieren, sobald dieser Satz 4 % erreicht oder überschreitet, und den geringeren Satz gleichfalls im Reichsanzeiger bekannt zu geben. Die Reichsbank ist ferner befugt, Schuldverschreibungen des Reichs, eines deutschen Staates oder inländischer kommunaler Korporationen, welche nach spätestens drei Monaten mit ihrem Nennwert fällig sind, zu kaufen und zu verkaufen. In Betracht kommen hierfür hauptsächlich die Schatzanweisungen des Reichs, die von der Reichsbank unter Umständen auch rediskontiert werden, um ein Anziehen des Diskontsatzes des freien Marktes zu bewirken und dadurch die Spannung zwischen dem offiziellen Reichsbanksatz und Privatdiskont zu vermindern. Durch Art. 5 der Novelle vom 1. Juni 1909 ist der Reichsbank mit Rücksicht auf den mittlerweile erfolgten Erlaß des Scheckgesetzes die Befugnis zum An- und Verkauf von Schecks, aus welchen mindestens zwei als zahlungsfähig bekannte Verpflichtete haften, erteilt worden.

3. Die Gewährung von zinsbaren Darlehen gegen bewegliche Pfänder auf nicht länger als drei Monate (Lombardgeschäft).

Zur Lombardierung sind zugelassen Gold und Silber, gemünzt und ungemünzt, Schuldverschreibungen des Reiches, eines Bundesstaates oder einer inländischen Kommune, Aktien und Schuldverschreibungen deutscher Eisenbahngesellschaften, deren Bahnen in Betrieb sind, Pfandbriefe von inländischen Bodenkreditinstituten und auf Grund von Darlehen an Kommunen ausgegebene Pfandbriefe bis zu $^3/_4$ des Kurswertes, Schuldverschreibungen nicht deutscher Staaten und staatlich garantierter ausländischer Eisenbahn-Prioritätsobligationen bis zu 50 % des Kurswertes. Aktien, abgesehen von den deutscher Eisenbahngesellschaften, sind demnach von der Beleihung ausgeschlossen. Ein Verzeichnis derjenigen Wertpapiere, welche die Reichsbank in Klasse 1 und 2 beleiht, ist in den „Allgemeinen Bestimmungen" enthalten. Beleihbar sind ferner Wechsel mit einem Abschlag von 5 % des Kurswertes (d. i. Wechselsumme abzüglich Diskont), sowie im Inlande lagernde Kaufmannswaren bis zu $^2/_3$ ihres Wertes. Endlich können zinsbare Darlehen auch gegen in das Reichs- oder Staatsschuldbuch eingetragene Forderungen bis zu $^3/_4$ ihres Kurswertes gewährt werden. In bezug auf die Realisierung des Pfandgegenstandes sind der Reichsbank besondere Privilegien gewährt (§§ 20—20 b). Auch der Lombardsatz der Reichsbank ist öffentlich bekannt zu geben (§ 15). Was die Höhe des Satzes betrifft, so pflegt die Reichsbank ihn 1 % über dem Diskontsatz festzusetzen[2]. Über den Höchstbetrag, bis zu welchem die Fonds der Bank im Lombardgeschäft angelegt werden können, ist der Zentralausschuß gutachtlich zu hören (§ 32 Abs. 2 d). Zurzeit sind 180 Mill. Mk. vorgesehen, welcher Betrag jedoch zeitweise überschritten wurde.

4. An- und Verkauf von lombardfähigen inländischen Schuldverschreibungen für eigene Rechnung.

Der für solche Anlagen zulässige Höchstbetrag muß vorher im Einverständnis mit dem Zentralausschuß festgesetzt werden (§ 32 Abs. 2 d).

5. Das Inkasso-, Auszahlungs- und Anweisungsgeschäft.

Hierunter fallen u. a. die Einziehung von Wechseln, Schecks, Anweisungen und Wertpapieren aller Art, Einlösung von Zins- und Gewinnanteilscheinen, Zahlung von Hypotheken gegen Übergabe der Dokumente usw.

---

[1] Bedingungen der Berliner Fondsbörse § 14.

[2] Wenn der Darlehensbestand am Ultimo oder am ersten Werktag des Kalendervierteljahrs 30 000 Mk. überschreitet, so berechnet die Reichsbank außer den laufenden Zinsen einen Zinszuschlag für 10 Tage. Diese Bestimmung wurde im Jahre 1911 getroffen, um die allzugroße Inanspruchnahme der Reichsbank an den Quartalsenden einzuschränken.

6. An- und Verkauf von Effekten aller Art, sowie von Edelmetallen für fremde Rechnung.

Da die Reichsbank Blankokredite nicht gewähren darf, ist vorherige Zahlung des Betrages bzw. Übergabe der Effekten oder lombardmäßige Sicherstellung erforderlich (vgl. Reichsbank-Statut § 10).

7. Die Annahme verzinslicher und unverzinslicher Gelder (Depositengeschäft) und das Girogeschäft.

Der Giro(Überweisungs-)verkehr bezweckt, Forderungen der Girokunden untereinander unter Vermeidung von Barzahlungen durch bloße Umschreibung in den Büchern der Bank zu tilgen. Da die Organisation der Reichsbank über das ganze Reich verzweigt ist und andererseits die im geschäftlichen Verkehr in erheblichem Umfange beteiligten Kaufleute, Behörden usw. in der Regel ein Girokonto bei der Reichsbank besitzen, so wird der Zweck des Zahlungsausgleiches in hohem Maße durch die Einrichtungen der Reichsbank erfüllt. Die Umsätze im Giroverkehr der Privaten betrugen im Jahre 1912: 287567 Millionen Mk. Der Girokonto-Inhaber verfügt über sein Guthaben zum Zwecke der baren Abhebung mittelst des gewöhnlichen (weißen) Schecks, zum Zwecke der Übertragung auf ein anderes Konto mittelst roten Schecks, der sich nicht als Scheck im Sinne des Gesetzes, sondern als Umschreibungsantrag darstellt. Für die Inanspruchnahme des Giroverkehrs werden nur in bestimmten Ausnahmefällen Gebühren erhoben. Die Reichsbank findet aber ihre Rechnung dadurch, daß sie die Giroguthaben nicht verzinst und außerdem von dem Girokunden die ständige Haltung eines seinem Umsatze entsprechenden Mindestguthabens verlangt.

Auch Nebeneinrichtungen zur Erleichterung und Vereinfachung des Zahlungsverkehrs sind von der Reichsbank getroffen worden. Hierher gehören die an den hauptsächlichen Plätzen in Deutschland bestehenden Reichsbank-Abrechnungsstellen (z. B. 23). Die Abrechnungsstellen, denen die hervorragendsten Banken und Bankfirmen des betreffenden Platzes angehören, haben den Zweck, die wechselseitigen Forderungen der Mitglieder durch Clearing zu tilgen, so daß nur die Salden zur Barzahlung bzw. Giroumschreibung übrig bleiben. Die Umsätze der 20 Abrechnungsstellen betrugen im Jahre 1912: 72544 Millionen Mk.

Was schließlich die Annahme von verzinslichen Depositen betrifft, so ist die Reichsbank zwar hierzu bis zur Höhe ihres Grundkapitals und ihres Reservefonds berechtigt, sie hat aber seit 1879 verzinsliche Depositen nicht mehr angenommen.

8. Verwahrung und Verwaltung von Wertgegenständen.

Die Reichsbank nimmt gegen eine bestimmte Gebühr verschlossene und unverschlossene Depots in Verwahrung. Sie übernimmt ferner bei offenen Depots von Wertpapieren die Verwaltung (Einlösung der Zins- und Gewinnanteilscheine, Verlosungskontrolle usw.). Besondere Bestimmungen sind über die Annahme von Mündeldepots erlassen.

Eine Verpflichtung der Reichsbank, die oben erwähnten Arten von Geschäften zu betreiben, besteht nicht. Ebensowenig besteht für den Abschluß der einzelnen Geschäfte ein Kontrahierungszwang. Selbstverständlich darf die Reichsbank aber den Abschluß eines in den Rahmen ihres Betriebes fallenden Geschäftes mit einzelnen Personen nicht willkürlich ablehnen, sondern sie hat dabei nach pflichtmäßigem Ermessen zu verfahren. Dagegen besteht ein Kontrahierungszwang im Währungsinteresse allerdings insofern, als durch die Bestimmungen des § 14 die Reichsbank verpflichtet ist, Barrengold zum festen Satze von 1392 Mk. für das Pfund fein gegen ihre Noten umzutauschen.

Das vornehmste Recht der Reichsbank ist das Notenprivilegium. Die Reichsbank hat das Recht, nach Bedürfnis ihres Verkehrs Banknoten auszugeben (§ 16). Der Notenumlauf der Reichsbank ist in doppelter Weise begrenzt: in bezug auf seine Deckung durch die Deckungsnorm (§ 17) und in bezug auf seinen Umfang durch die Notensteuer (§ 9). Um die jederzeitige Einlösung der Reichsbanknoten in Gold und damit die Aufrechterhaltung der Währung zu garantieren, ist die Reichsbank verpflichtet, für den Betrag ihrer im Umlauf befindlichen Banknoten jederzeit mindestens ein Drittel in kursfähigem deutschen Gelde, Reichskassenscheinen oder Gold in Barren oder ausländischen Münzen, das Pfund fein zu 1392 Mk. berechnet, und den Rest in diskontierten Wechseln oder Schecks in ihren Kassen als Deckung bereit zu

halten. Danach werden also nur Bargeld, wozu auch die Reichskassenscheine gerechnet werden, u. z. zu mindestens einem Drittel (sog. Drittelsdeckung), und diskontierte Wechsel und Schecks zu höchstens zwei Dritteln als Notendeckung zugelassen. Insbesondere werden die Lombardforderungen nicht als Deckung anerkannt. Für sonstige Verbindlichkeiten der Reichsbank, insbesondere die Guthaben der Girokonten, besteht eine Deckungsvorschrift nicht, obwohl aus diesen die Goldbestände der Reichsbank zum großen Teil resultieren. Was nun die Höhe des Notenumlaufs betrifft, so ist dieser begrenzt durch den vorhandenen Barvorrat zuzüglich des der Reichsbank durch Gesetz zugewiesenen Betrages (Kontingent). Diese Grenze ist aber keine absolute, sondern es ist lediglich von dem Überschuß eine Steuer von 5% an die Reichskasse zu entrichten (indirekte Kontingentierung). Soweit also Barvorrat plus Kontingent den Notenumlauf übersteigen, ist eine steuerfreie Notenreserve vorhanden. Der für die steuerfreie Notenausgabe anrechnungsfähige Barvorrat unterscheidet sich von dem deckungsfähigen Barvorrat insofern, als er die Noten anderer deutschen Banken in sich schließt. Das steuerfreie Notenkontingent der Reichsbank betrug ursprünglich 250 Mill. Mk. Infolge der Bestimmung des § 9 Abs. 2, wonach das einer Privatnotenbank zugewiesene Kontingent, falls deren Befugnis zur Notenausgabe erlischt, der Reichsbank zuwächst, wuchs es bis zum Jahre 1899 auf 293,4 Mill. Mk. Durch die Novelle vom 7. Juni 1899 wurde das Kontingent der Reichsbank auf 450 Mill Mk. festgesetzt. Durch den Verzicht verschiedener weiterer Privatnotenbanken wuchs es sodann auf 472 829 Mill. Mk. Durch die Novelle vom 1. Juni 1909 wurde es schließlich auf 550 Mill. und für die Quartalsenden auf 750 Mill. Mk. festgesetzt.

Bei einer Anzahl ausländischer Zentralnotenbanken besteht das Prinzip der direkten Kontingentierung, indem entweder der Umlauf der nicht bar gedeckten Noten (Bank von England) oder der Gesamtnotenumlauf (Bank von Frankreich) absolut bestimmt ist. Mit Recht hat das deutsche Bankgesetz von den zwei Möglichkeiten zur Beschränkung des Notenumlaufs dem materiellen Prinzip der Notendeckung den Vorzug gegeben. Immerhin bedeutet die indirekte Kontingentierung eine Konzession an das formale Prinzip der zahlenmäßigen Begrenzung des Notenumlaufs. Die Notenbank soll dadurch veranlaßt werden, wenn sich ihr steuerfreier Notenumlauf der Grenze nähert, den Diskontsatz auf mindestens 5% festzusetzen, um so eine Beschränkung des Notenumlaufs herbeizuführen; auch soll die Überschreitung des Kontingents als Warnungszeichen für die Geschäftswelt wirken. Es ist indes fraglich, ob diese Vorschrift ihren Zweck erfüllt. Tatsächlich hat die Reichsbank mehrfach, um nicht unnötigerweise mit Diskonterhöhungen vorzugehen, trotz vorübergehender Überschreitung des Kontingents einen Diskontsatz von unter 5% aufrecht erhalten.

Die Reichsbank hat den Stand ihrer Aktiva und Passiva vom 7., 15., 23. und letzten jeden Monats (Wochenausweise) spätestens am fünften Tage nach diesem Termin im Reichsanzeiger zu veröffentlichen. In gleicher Weise ist spätestens drei Monate nach dem Schluß des Geschäftsjahres eine genaue Bilanz sowie das Gewinn- und Verlustkonto zu veröffentlichen (§ 8). Das Schema der Wochenausweise ist im Gesetz bestimmt.

Durch die Novelle vom 1. Juni 1909 ist den Noten der Reichsbank die Eigenschaft als gesetzliches Zahlungsmittel beigelegt worden. Der Gläubiger kann also, abgesehen von dem Falle einer Vereinbarung (Goldklausel), die Annahme von Reichsbanknoten als Zahlung nicht ablehnen. Ein Zwangskurs ist damit den Reichsbanknoten nicht beigelegt, weil die Reichsbank verpflichtet ist, ihre Noten sofort auf Präsentation gegen deutsche Goldmünzen einzulösen (§ 18). Allerdings besteht diese Verpflichtung unbedingt nur bei ihrer Hauptkasse in Berlin, bei ihren Zweiganstalten dagegen nur insoweit es deren Barbestände und Geldbedürfnisse gestatten. Nach dem Bankgesetz dürfen Banknoten nur in Beträgen von 100, 200, 500 und 1000 Mk. oder einem vielfachen von 1000 Mk. ausgefertigt werden (§ 3). Die Reichsbank gibt auf Grund dieser Bestimmung nur Abschnitte von 100, 500 und 1000 Mk. aus. Durch Gesetz vom 20. Februar 1906 wurde die Reichsbank zur Stärkung ihrer Goldbestände und um den Bedarf an kleinen Zahlungsmitteln zu befriedigen, ermächtigt, auch Banknoten in Abschnitten von 50 und 20 Mk. auszugeben.

II. Die Privatnotenbanken.

Bei Inkrafttreten des Bankgesetzes bestanden in Deutschland einschließlich der Reichsbank 33 Notenbanken. Einer weiteren Ausdehnung des partikularen Notenbankwesens war innerhalb des Norddeutschen Bundes durch das Banknotensperrgesetz vom 27. März 1870 vorgebeugt, das durch das Reichsgesetz vom 22. April 1871 mit Wirksamkeit vom 1. Januar 1872 auf die süddeutschen Staaten ausgedehnt wurde. Die verschiedenen Notenbanken zeigten in ihren Vorschriften über Organisation, Geschäftskreis und Notenausgabe die größten Verschiedenheiten. Die größeren Staaten verboten ihren öffentlichen Kassen die Annahme fremder Noten, so daß diese außerhalb des betreffenden Staatsgebietes meist nur unter pari genommen wurden. Es war schwierig, in den verworrenen Verhältnissen Ordnung zu schaffen, ohne in die wohlerworbenen Rechte der bestehenden Notenbanken allzu tief einzugreifen. Zunächst wurden vom Gesetz die Kontingente der Privatnotenbanken, bei deren Überschreitung die 5% Steuer zu entrichten waren, festgelegt. Im übrigen schlug das Bankgesetz den Weg ein, daß es grundsätzlich bestimmte, daß die Noten der bestehenden Privatnotenbanken außerhalb des Staates, welcher ihnen die Befugnis zur Notenausgabe erteilt hat, zu Zahlungen nicht gebraucht werden dürfen (§ 43). Von dieser Vorschrift wurden nach dem Gesetze nur diejenigen Privatnotenbanken befreit, welche sich gewissen, u. zw. in der Hauptsache den für die Reichsbank geltenden Beschränkungen in bezug auf Geschäftsbetrieb, Notendeckung usw. unterwarfen. Es sind dies die folgenden (§ 44 Ziff. 1—7):

1. Die Bank darf ihre Betriebsmittel nur in den in § 13 unter 1—4 bezeichneten Geschäften anlegen, nämlich im Edelmetallhandel (der übrigens für die Privatnotenbanken nicht in Betracht kommt), Diskont-, Lombardgeschäft und im Kauf von lombardfähigen inländischen Schuldverschreibungen, in letzterem Geschäfte jedoch nur höchstens bis zur Hälfte ihres Grundkapitals und ihrer Reserven. Die Befugnis, im Reichs- und Staatsschuldbuch eingetragene Forderungen zu beleihen, welche der Reichsbank durch die Novelle vom 1. Juni 1909 gewährt wurde, ist auf die Privatnotenbanken nicht ausgedehnt worden. Der Diskont- und Lombardsatz ist öffentlich bekannt zu geben. Soweit eine Anlage von Betriebsmitteln nicht in Frage steht, also insbesondere beim Inkasso- und Giroverkehr, im Depositen- und Effekten-Kommissionsgeschäft, sind die Privatnotenbanken in ihrem Geschäftsbetriebe nicht beschränkt.

2. Die Bank hat von dem 4½ % ihres Grundkapitals übersteigenden Reingewinn jährlich mindestens 20% dem Reservefonds zuzuschreiben, bis derselbe ein Viertel des Grundkapitals erreicht. Diese Bestimmung entspricht derjenigen, die über die Bildung des Reservefonds bei der Reichsbank in der ursprünglichen Fassung des Bankgesetzes getroffen war.

3. Die Bank unterwirft sich der für die Reichsbank geltenden Vorschrift über die Notendeckung (§ 47 a).

4. Die Bank hat ihre Noten bei einer von ihr zu bezeichnenden Stelle in Berlin oder Frankfurt a. M., deren Wahl der Genehmigung des Bundesrats unterliegt, dem Inhaber gegen kursfähiges deutsches Geld einzulösen. Nach Art. 9 Abs. 1 des Münzgesetzes müssen demnach im Gegensatz zu den für die Reichsbank geltenden Bestimmungen Silbermünzen bis zum Betrage von 20 Mk. angenommen werden. Durch § 4 ist jede Notenbank verpflichtet, ihre Noten an ihrem Hauptsitze zum vollen Nennwert einzulösen. Diese Verpflichtung wird durch die vorliegende Bestimmung erweitert. Die Einlösung in Berlin oder Frankfurt braucht aber im Gegensatz zu § 4 erst am Tage nach der Präsentation zu erfolgen. Einlösungsstelle für die Bayerische Notenbank, die Württembergische und die Badische Bank ist die Frankfurter Bank in Frankfurt a. M., für die Sächsische Bank das Bankhaus S. Bleichröder in Berlin.

5. Die Bank verpflichtet sich, alle deutschen Banknoten, deren Umlauf im gesamten Reichsgebiete gestattet ist, an ihrem Sitz sowie bei ihren Zweiganstalten in Städten mit mehr als 80 000 Einwohnern zu ihrem vollen Nennwerte in Zahlung zu nehmen, so lange die Bank, welche die Noten ausgegeben hat, ihrer Noteneinlösungspflicht pünktlich nachkommt. Die gleiche Verpflichtung besteht auch für die Reichsbank in bezug auf die Annahme der Noten der Privatnotenbanken. Für die Reichsbank besteht aber die weitere Verpflichtung, bei ihren Zweiganstalten innerhalb des Heimatsstaates der betreffenden Notenbank diese Noten gegen

Reichsbanknoten umzutauschen, soweit es die Notenbestände und Zahlungsbedürfnisse der Zweiganstalten gestatten (§ 19). Umgekehrt ist die Pflicht zur Annahme der Noten der Reichsbank nunmehr ohne weiteres gegeben, seit diesen die Eigenschaft als gesetzliches Zahlungsmittel beigelegt ist.

Von der Reichsbank oder einer Privatnotenbank angenommene Noten einer anderen Privatnotenbank dürfen aber nur entweder zur Einlösung präsentiert oder zur Zahlung an diejenige Bank, welche sie ausgegeben hat, oder zu Zahlungen an dem Orte, wo die betreffende Bank ihren Hauptsitz hat, verwendet werden. In dieser Bestimmung liegt eine erhebliche Erschwerung des Geschäftsverkehrs der Privatnotenbanken, da hierdurch der Rückfluß der Banknoten wesentlich beschleunigt wird.

6. Die Bank verzichtet auf ein ihr etwa zustehendes Widerspruchsrecht gegen Erteilung anderer Notenprivilegien.

7. Die Bank willigt ein, daß ihre Befugnis zur Notenausgabe von 10 zu 10 Jahren durch Beschluß der Landesregierung oder des Bundesrats mit einjähriger Kündigungsfrist ohne Entschädigung aufgehoben wird. Die letztere Bestimmung hat die Möglichkeit gegeben, die Privatnotenbanken zur Übernahme weiterer Beschränkungen als Voraussetzung für die Nichtausübung des Kündigungsrechts zu veranlassen. Durch die Novelle vom 7. Juni 1899 wurden die Privatnotenbanken in gewissem Umfang an die Diskontpolitik der Reichsbank gebunden. Danach dürfen sie nicht unter dem Reichsbanksatz diskontieren, sobald dieser 4% erreicht oder überschreitet. Ist der Reichsbanksatz niedriger als 4%, so dürfen sie höchstens ein Viertel unter dem offiziellen Reichsbanksatz und, falls die Reichsbank unter diesem Satz diskontiert, höchstens 1/2 % unter dem Privatsatz der Reichsbank diskontieren. Wie schon erwähnt, hat das Bankgesetz die obigen Beschränkungen den bestehenden Privatnotenbanken nicht ohne weiteres auferlegt, sondern ihnen die Wahl zwischen diesen und der territorialen Begrenzung des Umlaufs ihrer Noten gelassen. Dieses System des sogenannten freiwilligen Zwangs hat sich aber durchaus bewährt (vgl. die nachfolgende Zusammenstellung, die dem Bankgesetz als Anlage beigefügt ist).

Name der Bank	Gründungsjahr	Kontingent Mk.	V. = Verzicht auf das Notenprivileg. L. = Liquidation. N. = Nichterneuerung des Privilegs.
1. Reichsbank		250 000 000	—
2. Ritterschaftliche Privatbank in Pommern (Stettin)	1824	1 222 000	1876 V.
3. Städtische Bank in Breslau	1848	1 283 000	1891 N
4. Bank des Berliner Kassenvereins	1850	963 000	1876 V.
5. Kölnische Bank	1855	1 251 000	1887 L
6. Magdeburger Privatbank	1856	1 173 000	1890 N.
7. Danziger Privat-Aktienbank	1857	1 272 000	1890 N.
8. Provinzial-Aktienbank des Großherzogtums Posen	1857	1 206 000	1890 N.
9. Kommunalständische Bank für die preuß. Oberlausitz (Görlitz)	1866	1 307 000	1876 V.
10. Hannoversche Bank	1856	6 000 000	1889 V.
11. Landgräfl. Hessische konzessionierte Landesbank Homburg	1853	159 000	1876 V.
12. Frankfurter Bank	1854	10 000 000	1901 V.
13. Bayerische Banken	—	32 000 000	—
14. Sächsische Bank zu Dresden	1865	16 771 000	—
15. Leipziger Bank	1839	5 348 000	1876 V.
16. Leipziger Kassenverein	1867	1 440 000	1890 L.
17. Chemnitzer Stadtbank	1848	441 000	1891 N.
18. Württembergische Notenbank	1871	10 000 000	—
19. Badische Bank	1870	10 000 000	—
20. Bank für Süddeutschland	1855	10 000 000	1902 V.
21. Rostocker Bank	1850	1 155 000	1877 V.
22. Weimarische Bank	1853	1 971 000	1876 V.

Name der Bank	Gründungsjahr	Kontingent Mk.	V. = Verzicht auf das Notenprivileg L. = Liquidation N. = Nichterneuerung des Privilegs
23. Oldenburgische Landesbank	1868	1 881 000	1876 V.
24. Braunschweigische Bank	1853	2 829 000	1905 V.
25. Mitteldeutsche Kreditbank in Meiningen	1856	3 187 000	1876 V.
26. Privatbank zu Gotha	1856	1 344 000	1876 V.
27. Anhalt-Dessauische Landesbank	1847	935 000	1876 V.
28. Thüringische Bank (Sondershausen)	1856	1 658 000	1876 V.
29. Geraer Bank	1855	1 651 000	1876 V.
30. Niedersächsische Bank (Bückeburg)	1856	594 000	1876 V.
31. Lübecker Privatbank	1820	500 000	1876 V.
32. Kommerzbank in Lübeck	1856	959 000	1886 V.
33. Bremer Bank	1856	4 500 000	1889 V.
Zusammen		385 000 000	

Bald nach Inkrafttreten des Gesetzes verzichteten, wie obige Zusammenstellung ergibt, 15 Notenbanken auf ihr Notenprivileg; die übrigen Banken haben sich den obigen Beschränkungen unterworfen, ausgenommen die Braunschweigische Bank, deren Notenumlauf sonach auf das Herzogtum Braunschweig beschränkt blieb, bis sie schließlich gleichfalls auf ihr Notenprivileg verzichtete. Gegenwärtig bestehen als Privatnotenbanken nur noch die Württembergische Notenbank, die Badische Bank, die Sächsische Bank und die Bayerische Notenbank. Die letztere ist erst am 20. Mai 1875 gegründet worden. Vorher stand in Bayern das Notenprivileg der Bayrischen Hypotheken- und Wechselbank zu. Da schon vor Erlaß des Bankgesetzes feststand, daß diese ihr Notenprivileg nicht weiter ausüben werde, so wurde im Gesetz die Bayrische Regierung ermächtigt, das Privileg zur Ausgabe von Noten bis zum Betrage von 70 Mill. Mk. einer anderen Bank zu übertragen (§ 47 Abs. 3). Der Name der betreffenden Bank wurde dementsprechend in dem oben abgedruckten Verzeichnis der Kontingente offen gehalten.

Für die Privatnotenbanken besteht die weitere Beschränkung, daß sie außerhalb ihres Heimatsstaates Bankgeschäfte durch Zweiganstalten weder betreiben, noch durch Agenten für ihre Rechnung betreiben lassen, noch als Gesellschafter an Bankhäusern sich beteiligen dürfen (§ 42). Von dieser Beschränkung sind zwar Ausnahmen zulässig (§ 44 Abs. 3), die bestehenden vier Privatnotenbanken sind dieser Beschränkung jedoch unterworfen. Ein wesentlicher Unterschied besteht für die Noten der Privatnotenbanken gegenüber den Noten der Reichsbank darin, daß eine Verpflichtung zur Annahme der Noten von Privatnotenbanken bei Zahlungen, welche gesetzlich in Geld zu leisten sind, nicht besteht und auch für die Staatskassen durch Landesgesetz nicht begründet werden kann (§ 2). Im übrigen gelten die oben für die Reichsbank erwähnten Bestimmungen über die Deckung der Banknoten (§ 3), über Nichtwiederausgabe beschädigter oder beschmutzter Noten (§ 5), über das Verbot von Wechselakzeptierungen und Abschluß von Zeitgeschäften (§ 7), über die Veröffentlichung der Bilanz und von Wochenausweisen (§ 8), über die indirekte Kontingentierung (§ 9) gleichmäßig auch für die Privatnotenbanken.

Durch Landesgesetz ist verschiedenen Notenbanken eine absolute Grenze des Notenumlaufes gezogen. So ist für die Bayerische Notenbank als Höchstbetrag der umlaufenden Noten 70 Millionen Mk., für die Württembergische Notenbank als Höchstbetrag 15 Millionen fl. = 25 714 285 Mk. festgesetzt. Bei der Badischen Bank darf der Gesamtbetrag der auszugebenden Noten den dreifachen Betrag des jeweilig eingezahlten Grundkapitals nicht übersteigen.

III. Koloniale Notenbanken[1].

Die Bestimmungen des Bankgesetzes finden auf die deutschen Schutzgebiete keine Anwendung (vgl. § 3 des Schutzgebietsgesetzes in der Fassung vom 10. September 1900). Nach der Kaiserlichen Verordnung vom 30. Oktober 1904, betreffend die Ausgabe von Banknoten in den Schutzgebieten, erlassen auf Grund des § 1 des Schutzgebietsgesetzes, kann die Befugnis zur Ausgabe von Banknoten in den Schutzgebieten nur durch eine vom Reichskanzler zu erteilende Konzession erworben werden; in der Konzession sind Bestimmungen zu treffen über die Stückelung, die Einlösung und Einziehung der Banknoten, über die Deckung des Notenumlaufs, über den Geschäftskreis und die Publikationsverpflichtung der mit der Befugnis der Notenausgabe auszustattenden Bank, über die Beteiligung des Schutzgebietsfiskus am Reingewinne der Bank, über die Rechte der Aufsichtsbehörde sowie über alle anderen Punkte, deren Regelung im Interesse der Sicherung des Notenumlaufs und des Geldverkehrs erforderlich erscheint.

Da in den meisten deutschen Schutzgebieten die Reichsmarkrechnung eingeführt ist, kommt die Verordnung nur in Betracht für Deutsch-Ostafrika, wo die Rupienwährung, und für Kiautschau, wo chinesisches Geldwesen besteht. Das Recht zur Ausgabe von Banknoten ist danach der Deutsch-Ostafrikanischen Bank und der Deutsch-Asiatischen Bank erteilt worden.

Die Deutsch-Ostafrikanische Bank ist eine Kolonialgesellschaft auf Grund der §§ 11 ff. des Schutzgebietsgesetzes. Sie wurde am 6. Januar 1905 mit dem Sitz in Berlin gegründet und hat den Zweck, den Geldumlauf und die Zahlungsausgleichungen in Deutsch-Ostafrika sowie den Geldverkehr dieses Schutzgebietes mit Deutschland und dem Auslande zu regeln und zu erleichtern, ferner Bankgeschäfte nach Maßgabe der ihr erteilten Konzession zu betreiben[2]. Das Grundkapital der Bank ist jetzt voll eingezahlt und beträgt 2 Millionen Mark (= 1½ Million Rupien), eingeteilt in 4000 Anteile zu 500 Mk. Die Konzession zur Ausgabe von Banknoten wurde der Bank von dem Reichskanzler — zunächst bis zum Ablauf des Jahres 1934 — am 15. Januar 1905 erteilt[3], wobei die an die Erteilung der Konzession geknüpften Bedingungen im wesentlichen den Bestimmungen des Bankgesetzes nachgebildet worden sind. Der Bank ist danach u. a. gestattet der Ankauf und Verkauf von Wechseln und wechselähnlichen Papieren mit einer Laufzeit von höchstens sechs Monaten und die Gewährung von Lombarddarlehen gegen solche Papiere auf nicht länger als sechs Monate, gegen sonstige bewegliche Pfänder auf nicht länger als vier Monate. Die Wechsel müssen zwei gute Unterschriften haben; eine Unterschrift genügt, wenn die zweite Unterschrift für den Fall der Vorlegung des Wechsels zum Akzept sichergestellt ist oder dem Wechsel die See-Verschiffungspapiere beigegeben sind. Der Notenumlauf ist absolut beschränkt auf den dreifachen Betrag des eingezahlten Grundkapitals. Außerdem besteht eine indirekte Kontingentierung: Falls der Notenumlauf der Gesellschaft sich auf mehr als den doppelten Betrag ihres Barvorrats beläuft, hat sie von der Mehrausgabe von Banknoten eine Steuer von jährlich fünf vom Hundert an den Fiskus des deutsch-ostafrikanischen Schutzgebietes zu zahlen. Die Steuer wird nicht erhoben, solange der gesamte Notenumlauf der Gesellschaft den Betrag von fünfhunderttausend Rupien nicht übersteigt. Für den Betrag ihrer in Umlauf befindlichen Noten muß die Gesellschaft jederzeit mindestens die Hälfte in deutsch-ostafrikanischen Landessilbermünzen, in indischen Rupien, in Reichsgoldmünzen, in fremden Goldmünzen, in Reichskassenscheinen oder in Reichsbanknoten in ihren Kassen im ostafrikanischen Schutzgebiet als Deckung bereit halten; der Rest muß in diskontierten Wechseln sowie in täglich rückzahlbaren Guthaben bei der Reichsbank und bei der Königlichen Seehandlungssozietät bestehen. Die Gesellschaft ist verpflichtet, ihre Noten dem Inhaber gegen Münzen, die im ostafrikanischen Schutzgebiet als gesetzliches Zahlungsmittel anerkannt sind, einzulösen bzw. zum vollen Nennwert in Zahlung zu nehmen. Die Noten dürfen nur auf Beträge von 5, 10, 20, 50, 100 Rupien und ein Vielfaches von 100 Rupien lauten. Die Gesellschaft muß ferner Monatsausweise (vom letzten jeden Monats) nach feststehendem Schema, sowie ihre Bilanz nebst Gewinn-

[1] Hintze, Geldwesen in den deutschen Schutzgebieten 1912.
[2] Satzungen der Deutsch-Ostafrikanischen Bank, Deutsches Kolonialblatt 1905, S. 135 ff.
[3] Deutsches Kolonialblatt 1905 S. 132 ff.

und Verlustkonto spätestens sechs Monate nach dem Schlusse jedes Geschäftsjahres veröffentlichen. Der Gewinn der Gesellschaft wird nach Abzug von 5 % für den Reservefonds, solange dieser nicht ein Drittel des eingezahlten Grundkapitals überschreitet, 4 % ordentlicher Dividende für die Anteilseigner, 10 % Tantieme für den Verwaltungsrat und einem weiteren Prozent für die Anteilseigner zwischen dem Landesfiskus des deutsch-ostafrikanischen Schutzgebietes und den Anteilseignern je zur Hälfte geteilt.

Die Deutsch-Asiatische Bank ist eine Aktiengesellschaft. Sie wurde im Jahre 1889 gegründet. Ihr Sitz ist Shanghai, die Hauptleitung befindet sich aber in Berlin. Zweck der Bank ist der Betrieb von Bankgeschäften und die Förderung des Handelsverkehrs zwischen Deutschland und Asien. Das Grundkapital beträgt zurzeit 7 500 000 Shanghai-Taels in vollgezahlten Aktien zu 1000 Taels. Durch Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 8. Juni 1906 wurde ihr zunächst auf die Dauer von 15 Jahren die Konzession erteilt, Banknoten durch ihre im deutschen Schutzgebiet Kiautschau und in China befindlichen Niederlassungen auszugeben. Die Banknoten sind in Abschnitten zum Nennwert von 1, 5, 10, 25, 50 mexik. Dollars und von 1, 5, 10, 20 Taels auszugeben. Die Bank ist verpflichtet, ihre Banknoten an allen ihren Kassen bei Vorzeigung einzulösen bzw. in Zahlung zu nehmen, und zwar an den Ausgabeplätzen jederzeit zum Nennwert, bei den übrigen Niederlassungen, soweit es deren Barbestände und Geldbedürfnisse gestatten, zum jeweiligen Wechselkurse. Es ist der Bank nicht gestattet, Warenhandel für eigene Rechnung sowie Giro- und Depositengeschäfte innerhalb des Deutschen Reichs zu betreiben. Vorschriften über die Höhe des Notenumlaufs und eine Metalldeckung bestehen nicht. Die Emission der Noten ist vielmehr unbegrenzt. Der ganze jährliche Umlauf wird mit 1 % des Tagesdurchschnitts besteuert. Die Deckung der Noten hat zu bestehen entweder in Wertpapieren, die bei der Reichsbank beleihbar oder von dem Reichskanzler ausdrücklich als geeignet zugelassen sind, oder in Hypotheken an Grundstücken der Bank oder in der Stellung tauglicher Bürgen, als welche sieben Bankinstitute (Konsortialen der Deutsch-Asiatischen Bank) zugelassen sind [1]. Eine Nachweisung über die Höhe des Notenumlaufs ist dem Reichskanzler und dem Gouverneur von Kiautschau allmonatlich einzureichen und vierteljährlich zu veröffentlichen.

IV. Staatliche Bankinstitute.

Eine besondere Stellung unter den Banken nehmen diejenigen Institute ein, die vom Staat ins Leben gerufen und mit Mitteln ausgestattet worden sind, um den finanziellen Interessen des Staates oder bestimmten allgemeinen Zwecken zu dienen. Hierher gehört zunächst die Königliche Seehandlung (Preußische Staatsbank [2]). Sie wurde von Friedrich dem Großen im Jahre 1772 zur Förderung des Exporthandels nach dem Vorbilde der niederländischen, englischen und französischen Handelskompagnien als Aktiengesellschaft gegründet; das Grundkapital betrug 1 200 000 Taler, eingeteilt in 2400 Aktien zu 500 Talern, wovon der Staat 2100 Stück übernahm. Die Gesellschaft wurde von Anfang an mit bestimmten Privilegien, insbesondere dem Monopol des Seehandels mit Salz, ausgestattet und führte seit 1775 die Firma „Generaldirektion der Seehandlungs-Sozietät". Durch Patent vom 4. März 1794 wurde die Zahl der Aktien auf 3000 erhöht, den Aktionären aber nur ein fester Zins von 5% hierauf gewährt, und ferner der Gesellschaft die Befugnis gegeben, auch Wechselgeschäfte zu betreiben und alle kaufmännischen Geschäfte zu unternehmen. Die Seehandlung wandte sich von da ab auch dem Bank-, insbesondere dem Kreditgeschäft zu, wobei sie für die bei ihr hinterlegten Depositengelder 4% Obligationen ausgab. Der preußische Staat nahm die Seehandlung für seine Anleihezwecke aber in so erheblichem Maße in Anspruch, daß die Bank nach dem unglücklichen Kriege von 1806 zur Zahlungseinstellung gezwungen war. Durch Finanzedikt vom 27. Oktober 1810 (GS. S. 25) wurden die Obligationen und Aktien der Seehandlung den Staatsschulden gleichgestellt und zu einer 4% Anleihe konsolidiert. Damit verlor die Bank den Charakter als Aktiengesellschaft. Durch die noch heute maßgebende Kabinetts-

[1] Anweisung des Reichskanzlers zur Ausführung der Konzession für die Banknotenausgabe vom 8. Juni 1906 (Deutsche Kolonialgesetzgebung X S. 359).

[2] Vgl. Nußbaum in den Annalen des Deutschen Reichs 1905 S. 31 ff., 52 ff.

order vom 17. Januar 1820 (GS. S. 25) wurde die Seehandlung als „ein für sich bestehendes, von dem Ministerium des Schatzes unabhängiges Geld- und Handlungsinstitut des Staates" organisiert und ihr als Aufgabe besonders die Besorgung der für Rechnung des Staates vorfallenden Geldgeschäfte zugewiesen. Die rechtsgeschäftliche Vertretung des Instituts wurde dem Präsidenten übertragen, dem zwei Räte zur Seite stehen. Von da ab hat sich die Seehandlung an einer großen Anzahl von industriellen und kaufmännischen Unternehmungen beteiligt oder solche auf eigene Rechnung betrieben, woraus ihr erhebliche Verluste entstanden. Durch die Kabinettsorder vom 14. Februar 1845 wurde daher eine weitere Ausdehnung der industriellen Unternehmungen für unstatthaft erklärt und diese Unternehmungen auf Grund eines Beschlusses der zweiten Kammer im Jahre 1850 allmählich abgestoßen. Zurzeit besitzt die Seehandlung noch das Königliche Leihamt in Berlin, die Bromberger Mühlen und die Landeshuter Spinnerei.

Auf Grund des Beschlusses des Abgeordnetenhauses vom 17. Dezember 1869 (Stenogr. Ber. 1869/70 Bd. II S. 1029 ff., Anlagen Bd. II Nr. 177) ist das Kapital der Seehandlung auf 11 Mill. Taler beschränkt, durch Gesetz vom 4. August 1904 aber auf 100 Mill. Mk. erhöht. Seit der AE. vom 17. April 1848 ist die Seehandlung dem Finanzminister untergeordnet.

Nach der Allerhöchst bestätigten Instruktion vom 18. Juli/3. September 1850 nebst Nachträgen (vgl. Begründung zur Novelle vom Jahre 1904) ist dem Präsidenten die gesamte Geschäftsführung übertragen, doch bleibt zu gewissen Geschäften, insbesondere Erwerb und Veräußerung von Grundstücken, Abschluß neuer größerer Finanz- und Handelsoperationen, Aufnahme von Geldern außerhalb des Depositen- und Kontokorrentverkehrs, Aufnahme von Darlehen ohne Lombardunterlagen in Wechseln oder Inhaberpapieren oder auf mehr als ein Jahr, die Zustimmung des Finanzministers vorbehalten. Die Seehandlung besitzt keine selbständige Rechtspersönlichkeit, vielmehr ist Träger des Instituts der preußische Fiskus. Zurzeit besorgt die Seehandlung insbesondere die sämtlichen Anleihegeschäfte des Staates, sie diskontiert Staatswechsel und Schatzanweisungen, überwacht und kontrolliert den Kurs der preußischen Staatspapiere. Andererseits fließen ihr die verfügbaren Gelder des Staates zu, die sie gewöhnlich im Lombardgeschäft anlegt. Im Verkehr mit Privaten pflegt die Seehandlung vornehmlich das Effektenkommissionsgeschäft, die Annahme verzinslicher Depositen, das Lombardgeschäft, den Kontokorrent- und Scheckverkehr. Nach Art. 85 des AG. zum BGB. in Verbindung mit der Ministerialverfügung vom 17. Dezember 1899 ist die Seehandlung als Hinterlegungsstelle für Mündeldepots zugelassen. Filialen besitzt die Seehandlung nicht.

Ein der Seehandlung entsprechendes Institut besteht in Bayern unter dem Namen Königliche Bank[1]. Diese wurde im Jahre 1780 nach dem Vorbilde der Seehandlung von dem Markgrafen Chr. Friedr. Karl Alexander in Ansbach gegründet. Im Jahre 1792 wurde die Bank, als die Fürstentümer Ansbach-Bayreuth an Preußen übergingen, vom preußischen Staate übernommen und 1795 nach Fürth verlegt. Im Jahre 1806 wurde die Bank von Bayern übernommen und ihr Sitz nach Nürnberg verlegt. Das Verhältnis des Aktienbesitzes war derart geregelt, daß zwei Drittel des Kapitals dem Staate und ein Drittel den Beamten der Bank zustehen sollten. Das Aktienkapital, das verschiedentlich wechselte, hielt sich längere Zeit in der ungefähren Höhe von 120 000 fl. Größere Betriebsmittel erhielt die Bank auf Grund des Gesetzes vom 25. Juli 1850, wonach ihr die gerichtlichen und administrativen Depositen zugeführt wurden. Im Anschluß hieran erging die Verfügung vom 4. Oktober 1850[2], durch welche unter anderem die Aktienanteile der Beamten beseitigt und in sog. Kautionskapitalien umgewandelt wurden, die mit einem festen Zins und einem Anteil am Reingewinn nach Maßgabe des Anstellungsdekrets ausgestattet waren. Seit 1864 wurden die Gewinnanteile des Staates der Bank als sog. Dotationskapital zur Verstärkung ihrer Betriebsmittel überlassen. Durch die Verfügung vom 13. Dezember 1878[3] wurden die Verhältnisse der Bank neu geregelt. Danach ist die Königliche Bank „eine unmittelbar unter dem bayrischen Staatsministerium der Finanzen stehende Staatsanstalt mit kaufmännischer Geschäftsführung, welche vorzugsweise den Zweck hat, als

[1] Limburg, Die Königliche Bank zu Nürnberg in ihrer Entwicklung 1780—1900 (Wirtschafts- und Verwaltungsstudien, hrsg. von Schanz 1903).
[2] Limburg, S. 146 ff.
[3] Limburg, S. 153 ff.

Depositen-, Wechsel- und Leihbank verfügbares Kapital nutzbar zu machen und insbesondere durch Vorlehen den Handel, die Industrie, die Gewerbe und die Landwirtschaft zu unterstützen und zu fördern". Die Verwaltung obliegt der Bankdirektion, die aus dem Bankdirektor, dem ersten Bankier, dem Bankkonsulenten und Hauptbuchhalter besteht. Zur Überwachung der Geschäftsführung wurde ein königlicher Kommissar bestellt. Die Hauptstelle in Nürnberg führt die Firma Königliche Hauptbank, die Filialen die Firma Königliche Filialbank. Die Bank besitzt Filialen in den Hauptplätzen Bayerns. Ihr Stamm-Dotations- und Reservekapital beträgt zurzeit 54,99 Mill. Mk.

Von den beiden zuerst genannten Banken, die in der Hauptsache den Erwerbszwecken des Fiskus dienen, unterscheidet sich die Preußische Zentral-Genossenschaftskasse (auch Preußenkasse genannt) insofern, als sie in erster Linie zur Förderung gewisser allgemeiner Interessen bestimmt ist. Sie ist ferner im Gegensatz zu den erstgenannten Banken ein selbständiges Institut, besitzt die Eigenschaft einer juristischen Person, steht aber unter Aufsicht und Leitung des Staates. Die Anstalt wurde durch Gesetz vom 31. Juli 1895 (GS. S. 310) zur Förderung des Personalkredits, insbesondere des genossenschaftlichen Personalkredits, errichtet und hat ihren Sitz in Berlin; Zweiganstalten unterhält sie nicht. Sie dient dem Geldausgleich innerhalb der preußischen Genossenschaften und ist befugt, zinsbare Darlehne zu gewähren an solche Vereinigungen und Verbandskassen eingetragener Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Reichsgesetz vom 1. Mai 1889), welche unter ihrem Namen vor Gericht klagen und verklagt werden können, ferner an die für die Förderung des Personalkredits bestimmten landschaftlichen (ritterschaftlichen) Darlehnskassen sowie an die von den Provinzen errichteten gleichartigen Institute. Von diesen Vereinigungen kann die Bank auch Gelder verzinslich annehmen. Zur Erfüllung dieser Aufgaben ist die Anstalt befugt, sonstige Gelder im Depositen- und Scheckverkehr sowie Spareinlagen anzunehmen, Kassenbestände im Wechsel-, Lombard- und Effektengeschäft nutzbar zu machen, Wechsel zu verkaufen und zu akzeptieren, Darlehen aufzunehmen sowie für Rechnung der genannten Vereinigungen, von denen sie Gelder oder Darlehen erhalten hat, Effekten zu kaufen und zu verkaufen. Verwaltet und vertreten wird die Anstalt durch ein Direktorium, das aus einem Direktor und der erforderlichen Anzahl von Mitgliedern besteht. Als Beirat fungiert ein Ausschuß von höchstens 30 Personen, dessen Vorsitz der Direktor der Anstalt führt, und in welchem das Finanz-, das Landwirtschafts- und das Handelsministerium durch je einen Kommissar vertreten sind. Die übrigen Mitglieder des Ausschusses werden von den genannten Ministerien auf je drei Jahre berufen, wobei die Vereinigungen, welche mit der Anstalt in regelmäßigem Geschäftsverkehr stehen, tunlichst zu berücksichtigen sind (V. vom 4. Oktober 1895, GS. S. 533). Als Grundkapital gewährte der Staat der Preußenkasse ursprünglich einen Betrag von 5 Mill. Mk. in 3 % Schuldverschreibungen nach dem Nennwert. Der Betrag wurde durch Gesetz vom 8. Juni 1896 auf 20 und durch das Gesetz vom 20. April 1898 (GS. S. 67) auf 50 Mill. Mk. erhöht. Den genossenschaftlichen Vereinigungen ist das Recht vorbehalten, sich durch Kapitaleinlagen zu beteiligen.

V. Kreditbanken[1].

Unter Kreditbanken (auch Effektenbanken genannt) versteht man diejenigen Banken, die nicht auf bestimmte Geschäfte beschränkt sind, sondern verschiedene Arten von Bankgeschäften, insbesondere auch das Gründungs- und Emissionsgeschäft betreiben. Für diese Unternehmungen erschien von Anfang an die Rechtsform der Aktiengesellschaft besonders geeignet, weil zur Durchführung ihrer Aufgaben ein größeres Grundkapital erforderlich ist, das ohne eine Beschränkung der Haftpflicht der Gesellschafter nicht leicht aufzubringen gewesen wäre. Die Rechte einer Korporation waren ursprünglich den großen staatlichen Bankinstituten vorbehalten. Die Rechtsform der Aktiengesellschaft hat zwar schon früh auf den Betrieb von Bankgeschäften Anwendung gefunden, allein auch diese Banken waren, wie die Ritterschaftliche Privatbank in Stettin (gegr. 1824), die Bayerische Hypotheken- und Wechselbank (gegr. 1835), Notenbanken und betrieben als solche hauptsächlich das Diskont-, Lombard-, Depositen-, Giro- und Kassengeschäft. Dagegen

[1] Literatur: Rießer: Die deutschen Großbanken und ihre Konzentration, 4. Auflage, 1912. Dr. Ludwig Metzler: Studien zur Geschichte des deutschen Effekten-Bankwesens 1911.

war das Gründungs- und Emissionsgeschäft die Domäne der großen Privatbankfirmen, unter denen das Haus Rothschild hervorragte. Der Errichtung von Kreditbanken stand vor allem die Staatsverwaltung hindernd im Wege. In Preußen war nach dem Gesetz vom 9. November 1843 zur Errichtung einer Aktiengesellschaft die landesherrliche Genehmigung erforderlich. Auch in den übrigen Staaten war zur Erlangung der Korporationsrechte die landesherrliche Genehmigung einzuholen, die namentlich von den größeren Staaten nicht leicht zu erlangen war. Ausnahmsweise erteilte die preußische Regierung im Jahre 1848 die Genehmigung zur Errichtung der Aktiengesellschaft A. Schaaffhausenscher Bankverein, um das rheinische Wirtschaftsleben vor Erschütterungen infolge der Zahlungseinstellung des Kölner Bankhauses A. Schaaffhausen zu bewahren.

Die Bewegung zur Gründung von Kreditbanken erhielt einen mächtigen Impuls durch die Errichtung des Crédit mobilier in Paris durch die Brüder Isaac und Emil Pereire im Jahre 1852, eines Institutes, das in erster Linie das Gründungs- und Emissionsgeschäft pflegen sollte und bestimmt war, die Übermacht des Hauses Rothschild über den französischen Geldmarkt zu brechen. Nach dem Vorbilde des Schaaffhausenschen Bankvereins und des Crédit mobilier wurde im Jahre 1853 die Bank für Handel und Industrie in Darmstadt (Darmstädter Bank) gegründet. Es folgt im Jahre 1856 die Direktion der Disconto-Gesellschaft, die seit 1851 in Form einer offenen Handelsgesellschaft bestand, und die Handelsgesellschaft in Berlin; diese beiden Institute wurden jedoch in Form der Kommanditgesellschaft auf Aktien errichtet, weil sie in Preußen als Aktiengesellschaft die Konzession nicht erhalten konnten. Im gleichen Jahre wurde als Aktiengesellschaft die Mitteldeutsche Creditbank mit dem Sitz in Meiningen (jetzt Frankfurt a. M.) errichtet. Von späteren Gründungen seien erwähnt die Deutsche Bank in Berlin (gegr. 1870) und die Dresdner Bank in Dresden (gegr. 1872).

Die außerordentliche Bedeutung, welche mittlerweile die Kreditbanken für unser Wirtschaftsleben gewonnen haben, hat dazu geführt, daß die Frage einer gesetzlichen Regelung vielfach ventiliert wurde. In der Bankenquete von 1908 [1], die aus Anlaß der Verhandlungen des Reichstags über die Verlängerung des Reichsbankprivilegs vom Reichskanzler berufen worden war, wurde unter anderem erwogen, ob es im öffentlichen Interesse geboten sei, für die Sicherheit und Liquidität der Anlage von Depositen- und Spargeldern auf dem Wege der Gesetzgebung Sorge zu tragen, insbesondere dadurch, daß die Kreditinstitute hinsichtlich der Deckung dieser Gelder gewissen, die Sicherheit und Liquidität gewährleistenden Normativbestimmungen unterworfen würden sowie innerhalb bestimmter Zeiträume ausführliche Bilanzen nach vorgeschriebenem Muster aufstellen und veröffentlichen müßten.

Auf Grund des Ergebnisses der Verhandlungen erklärten sich alle größeren Kreditbanken, mit Ausnahme der Berliner Handelsgesellschaft, freiwillig bereit, Zweimonatsbilanzen nach einem mit dem Reichsbankpräsidenten vereinbarten Schema zu veröffentlichen. Diese Publikationspflicht erhielt nachträglich eine gesetzliche Grundlage durch § 4 Ziffer 5 der Bundesratsbestimmungen über die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel vom 4. Juli 1910. Die Zulassung von Aktien inländischer Kreditbanken zum Börsenhandel hat danach zur Voraussetzung, daß die Verpflichtung übernommen wird, neben der Jahresbilanz regelmäßig Bilanzübersichten zu veröffentlichen. Für die Zwischenräume, in denen die Aufstellung und die Veröffentlichung zu erfolgen hat, und für das den Übersichten zugrunde zu legende Muster ist das Abkommen maßgebend, das eine Anzahl von Mitgliedern der Berliner Abrechnungsstelle untereinander und der Berliner Abrechnungsstelle gegenüber mit Zustimmung des Präsidenten des Reichsbankdirektoriums getroffen hat. Die diesem Abkommen entsprechenden Bestimmungen, sowie spätere vom Reichskanzler genehmigte Änderungen werden im „Reichsanzeiger" veröffentlicht [2].

[1] Bankenquete 1908, Verhandlungen der Gesamtkommission zu den Punkten I—V des Fragebogens, Bankenquete 1908/1909, Verhandlungen der Gesamtkommission zu Punkt VI des Fragebogens (Depositenwesen).

[2] Durch Bek. des Reichskanzlers v. 30. Juli 1911 (Reichsanzeiger v. 5. August) ist das Schema der Bilanzübersicht bestimmt worden. Durch Bek. v. 20 April (Reichsanzeiger v. 24 April) ist den Überseebanken gestattet, die Übersicht am letzten Tage des dritten auf den Abschlußtag folgenden Monats zu veröffentlichen.

VI. Bodenkreditinstitute.

Unter Bodenkreditinstituten sind solche Institute zu verstehen, welche die zu den Zwecken des Immobiliarkredits erforderlichen Kapitalien durch Ausgabe von verzinslichen Schuldverschreibungen, insbesondere von Pfandbriefen, Kommunal- und Kleinbahnobligationen, beschaffen; sie zerfallen in zwei Kategorien: solche, die ausschließlich gemeinwirtschaftlichen Interessen dienen, und andere, die Erwerbszwecke verfolgen. Die Institute der ersteren Art sind teils Genossenschaften des öffentlichen oder Privatrechts, teils sind sie staatliche, provinziale oder kommunale Anstalten.

1. Genossenschaftliche Institute des öffentlichen Rechts[1]. Unter den Bodenkreditinstituten auf genossenschaftlicher Grundlage sind an erster Stelle die Landschaften zu nennen. Die Landschaften sind unter Staatsaufsicht stehende Korporationen des öffentlichen Rechts, die auf der genossenschaftlichen Zusammenfassung der Grundbesitzer des betreffenden Bezirks beruhen. Die fünf älteren preußischen Landschaften wurden unter Friedrich dem Großen nach dem Plane des Kaufmanns Büring errichtet, und zwar die Schlesische Landschaft in Breslau durch Reglement vom 9. Juli 1770, das Kur- und Neumärkische Ritterschaftliche Kreditinstitut in Berlin (1777), die Pommersche Landschaft zu Stettin (1781), die Westpreußische Landschaft zu Marienwerder (1787), die Ostpreußische Landschaft zu Königsberg (1788). Die Landschaften dienten ursprünglich nur zur Beleihung des ritterschaftlichen (in die Adelsmatrikel eingetragenen) Grundbesitzes. Die Ostpreußische Landschaft erhielt schon 1808 die Befugnis zur Beleihung des bäuerlichen Grundbesitzes. Die Schlesische Landschaft errichtete 1849 eine besondere Abteilung für dessen Beleihung. Die übrigen drei Landschaften haben besondere, unter ihrer Verwaltung stehende Nebeninstitute für die Beleihung des bäuerlichen Besitzes errichtet, nämlich die Neue Westpreußische Landschaft (1861), das Neue Brandenburgische Kreditinstitut (1870) und die Neue Pommersche Landschaft für den Kleingrundbesitz (1871). Nach dem Vorbild der älteren preußischen Landschaften wurden auch im vormaligen Königreich Hannover drei landschaftliche Institute gegründet, die jedoch ihren ritterschaftlich-ständischen Charakter bis heute bewährt haben. Keinen Unterschied zwischen ritterschaftlichem und bäuerlichem Besitz machen die neueren preußischen Landschaften. Es sind dies die Posener Landschaft (1857), die Landschaft der Provinz Sachsen (1864), das Kreditinstitut für die Königliche Preußische Ober- und Niederlausitz (1865), die Landschaft der Provinz Westfalen (1877). Das gleiche gilt gegenwärtig auch von dem Landwirtschaftlichen Kreditverband für die Provinz Schleswig-Holstein (1882) und der Schleswig-Holsteinschen Landschaft (1895). Von den 17 preußischen Landschaften haben sich acht zur Zentrallandschaft für die preußischen Staaten (1873) zusammengeschlossen, um den von dieser ausgegebenen sogenannten Zentral-Pfandbriefen ein möglichst großes Absatzgebiet zu verschaffen. Die außerpreußischen landschaftlichen Institute sind vielfach den älteren Preußischen Landschaften nachgebildet, wie die Ritterschaftlichen Kreditvereine in Mecklenburg, Braunschweig und im Königreich Sachsen. Die Landschaften beleihen ausschließlich den landwirtschaftlichen Grundbesitz, jedoch gibt es auch einige unter den Begriff der öffentlich-rechtlichen Genossenschaften fallende Institute, die dem städtischen Grundbesitz dienen, so vor allem das Berliner Pfandbrief-Institut (1868) und die Kreditkasse für die Erben und Grundstücke in der Stadt Hamburg (1782).

Der genossenschaftliche Charakter der Landschaften kommt besonders in dem Anspruch auf Kreditgewährung wie in den Grundsätzen über die Haftung für Pfandbriefe zum Ausdruck. Die Mitglieder haben einen Anspruch auf Gewährung des satzungsmäßig zulässigen Kredits, andererseits haften sie mit ihrem zur Landschaft gehörigen Grundbesitz solidarisch den Inhabern der Pfandbriefe. Diese sogenannte Generalgarantie besteht allerdings nur bei den älteren Landschaften. Bei den neueren Landschaften und landschaftlichen Verbänden haftet den Pfandbriefbesitzern nur die Landschaft selbst mit ihrem Vermögen, insbesondere dem von ihr angesammelten Sicherheits- oder Reservefonds. Die Pfandbriefe selbst hatten ursprünglich den Charakter von Hypothekeninstrumenten, indem sie ein Spezialpfand an dem im Pfandbrief

[1] Vgl. Felix Hecht, Die Organisation des Bodenkredits in Deutschland, Bd. 1 und 2 1891, Bd. 3 1908. Schulte, Die deutschen Bodenkreditinstitute 1900—1909, Leipzig 1911.

näher bezeichneten Grundstück verbrieften. Dieses System der sogenannten Güterpfandbriefe ist in neuerer Zeit allgemein verlassen worden.

Die Organisation der Landschaften ist im einzelnen sehr verschieden. An der Spitze der Verwaltung steht gewöhnlich die Generallandschafts- (Hauptritterschafts-) Direktion, neben oder über ihr ein engerer Ausschuß; das oberste Organ ist die aus Deputierten der Grundbesitzer bestehende Generalversammlung (Generallandtag). Die höheren Beamten der Landschaft werden vom König oder Minister bestätigt, bei der Posener Landschaft vom Staate ernannt. Die Landschaften stehen ferner unter staatlicher Aufsicht, die gewöhnlich vom Oberpräsidenten als Königl. Kommissar ausgeübt wird, der auch den Vorsitz im Generallandtag führt. Ein Grundkapital besitzen die Landschaften nicht. Die Betriebs- und Verwaltungskosten werden, soweit sie nicht aus angesammelten Fonds bestritten werden können, durch einen vom Schuldner erhobenen Betrag (sog. Quittungsgroschen) gedeckt, der nach Maßgabe des Bedürfnisses festgesetzt wird.

Die Landschaften sind ferner mit besonderen Privilegien ausgestattet, insbesondere mit dem Recht, die Zwangsvollstreckung in das verpfändete Grundstück ohne gerichtliche Ausklagung herbeizuführen. Ihren Pfandbriefen steht die Mündelsicherheit zu (Art. 74 Nr. 3 Preuß. AG. zum BGB mit Art. 167 EG. zum BGB.).

Die Bestimmungen über die Art der Kreditgewährung, Grundsätze für Ermittelung des Beleihungswertes, Höhe des Kredits, Amortisation sind in den für die einzelnen Landschaften geltenden Statuten, Reglements und sonstigen Bestimmungen enthalten [1]. Die Beleihung erfolgt jetzt fast durchweg bis zu zwei Dritteln des Taxwertes. Bei dem Berliner Pfandbriefinstitut, das nur bebaute städtische Grundstücke beleiht, ist die Beleihungsgrenze die Hälfte des Wertes. Bei den meisten jüngeren Landschaften erfolgt die Auszahlung des Darlehens in bar. Bei den älteren Landschaften wie auch bei dem Berliner Pfandbriefinstitut erhält der Darlehensempfänger den Betrag des Darlehens in Gestalt von Pfandbriefen, wobei ihm überlassen bleibt, sich selbst das Bargeld durch den Verkauf derselben zu beschaffen. Die Landschaften gewähren zurzeit nur Amortisationsdarlehen, die seitens der Landschaft, abgesehen von bestimmten Gründen, unkündbar sind, vom Schuldner aber jederzeit gekündigt werden können. Die jährliche Tilgungssumme beträgt gewöhnlich ½—¾ %.

Die älteren Landschaften waren ursprünglich reine Bodenkreditinstitute; ihre Tätigkeit erschöpfte sich in der Beleihung der Grundstücke und Hingabe der Pfandbriefe als Darlehen. In neuerer Zeit haben jedoch auch die älteren Landschaften sich Institute für Geschäfte des gewöhnlichen Bankverkehrs (Effekten-, Kontokorrent-, Depositen- und Wechselgeschäft) angegliedert. Diese Institute (Schlesische Landschaftliche Bank, Landschaftliche Bank der Provinz Pommern, der Provinz Westpreußen, Kur- und Neumärkische Ritterschaftliche Darlehenskasse u. a.) sind mit Korporationsrechten versehen und von der Landschaft mit einem festen Betriebskapital ausgestattet. In der Mark und in Schlesien haftet außerdem die Landschaft für die Verbindlichkeiten der Kasse.

Eine besondere Stellung unter den landschaftlichen Instituten nehmen diejenigen ein, die nach dem Muster privatrechtlicher Kreditgenossenschaften organisiert sind, wie der Landwirtschaftliche Kreditverein im Königreich Sachsen (1844) und der Württembergische Kreditverein (1825). Es sind dies Vereine von Grundbesitzern, bei welchen nach Art der privaten Genossenschaften das Betriebskapital durch Stammanteile aufgebracht wird. Bei dem ersteren Institut haften die Vereinsmitglieder solidarisch; bei dem Württembergischen Kreditverein, der auch städtische Grundstücke beleiht, wird durch die Mitgliedschaft eine Haftung gegenüber den Gläubigern des Vereins nicht begründet.

2. Genossenschaftliche Institute des Privatrechts. Unter den genossenschaftlichen Bodenkreditinstituten bestehen einige auf rein privatrechtlicher Grundlage, wenn sie auch mit Rücksicht darauf, daß ihnen das Recht zur Ausgabe von Schuldverschreibungen auf den Inhaber erteilt wurde, unter Staatsaufsicht gestellt sind. Hierher gehört die Bayrische

[1] Zitiert bei der Anführung der einzelnen Landschaften und ihres Personalbestands im Handbuch über den Kgl. Preußischen Hof und Staat. Soweit die Schuldverschreibungen usw. an der Berliner Börse notiert sind, enthält Salings Börsenpapiere II. Teil Einzelheiten über Statuten, Abschlußziffern usw.; vgl. ferner Franz, landwirtschaftliche Kreditinstitute in Preußen 1902.

Landwirtschaftsbank zu München, die als eingetragene Genossenschaft m. b. H. 1896 gegründet wurde, um dem Mangel einer Landschaft in Bayern abzuhelfen. Gegenwärtig ist die Errichtung eines Bodenkreditinstituts in Form einer eingetragenen Genossenschaft nicht mehr zulässig (s. u. Nr. 4). Die übrigen zurzeit bestehenden genossenschaftlichen Institute des Privatrechts dienen dem städtischen Grundbesitz. Es sind dies der Danziger Hypotheken-Verein (1868), bei welchem die Mitglieder ein Eintrittsgeld bezahlen, eine Haftung jedoch nicht besteht, ferner das Schlesische Pfandbriefinstitut für städtische Hausgrundstücke in Breslau (1903), das Ostpreußische Pfandbriefinstitut für städtische Hausgrundstücke in Königsberg (1904), das Brandenburgische Pfandbriefinstitut für städtische Hausgrundstücke in Berlin (1906). Auch der Württembergische Kreditverein und der Landwirtschaftliche Kreditverein im Königreich Sachsen waren ursprünglich privatgenossenschaftliche Verbände und sind erst später als öffentlich-rechtliche landschaftliche Kreditanstalten im Sinne des Art. 167 EG. zum BGB. anerkannt worden.

3. Staatliche, provinziale und kommunale Institute. Den Zwecken des Bodenkredits dienen endlich eine Reihe von Instituten des öffentlichen Rechts, die von Staaten, Provinzial- oder Kommunalverbänden errichtet sind, von ihnen verwaltet werden, und für deren Verbindlichkeiten der Staat, die Provinz oder die Gemeinde haftet. Staatliche Institute, sog. Landeskreditkassen, bestehen in verschiedenen Staaten Mitteldeutschlands, in welchen Landschaften nicht errichtet wurden. Das älteste ist die 1765 gegründete Herzogliche Leihhaus-Anstalt in Braunschweig. Erwähnt seien noch die Landeskreditkassen zu Meiningen (1849), Gotha (1853), Rudolstadt (1855), Weimar (1869), Sondershausen (1883), Darmstadt (1890) und die Landesbank in Altenburg (1818). Provinziale Banken sind dagegen die Landeskreditkasse zu Kassel (1832), die Nassauische Landesbank (1840) und die Hannoversche Landeskreditkasse (1842). Diese Institute waren ursprünglich staatliche Anstalten und wurden erst nach der Einverleibung der zugehörigen Staaten zu Provinzialbanken. Zu erwähnen sind ferner die Landesbank der Rheinprovinz (1888) und die Landesbank der Provinz Westfalen (1890). Den staatlichen und provinzialen Instituten ist gemeinsam, daß sie keine reinen Bodenkreditinstitute sind. Sie gewähren vor allem Darlehen an Kommunen und betreiben auch andere Zweige des Bankgeschäfts, insbesondere das Depositengeschäft. Die von ihnen ausgegebenen Schuldverschreibungen tragen nicht den Charakter oder die Bezeichnung als Pfandbriefe bzw. Kommunalobligationen; auch besteht zwischen Hypothekenbestand und Pfandbriefumlauf vielfach kein gesetzlich festgelegter Zusammenhang. Die Landesbanken der Rheinprovinz und der Provinz Westfalen geben nicht eigene Obligationen aus, sondern erhalten die erforderlichen Gelder von den Provinzialverwaltungen überwiesen, die ihrerseits für ihre Geldbedürfnisse Provinzanleihescheine ausgeben. Eine besondere Stellung nimmt die Hessische Landeshypothekenbank ein, die 1902 vom Staat unter Beteiligung von Kommunen und öffentlichen Sparkassen als Aktiengesellschaft errichtet wurde. Sie untersteht den Bestimmungen des Hypothekenbankgesetzes, ist aber insbesondere mit Rücksicht auf die vom Staate übernommene Garantie den öffentlichen Instituten zuzurechnen. Als städtische Bodenkreditinstitute bestehen die Grundrenten- und Hypothekenanstalt der Stadt Dresden (1900), die Grundrentenanstalt der Stadt Mühlheim a. d. Ruhr und die „Verwaltung der städtischen Hypothekengeschäfte in Düsseldorf".

4. Hypothekenbanken[1]. Unter den verschiedenen Arten von Bodenkreditanstalten sind die Hypothekenbanken die jüngsten. Vorbildlich war der im Jahre 1852 in Paris errichtete Crédit foncier, eine Aktiengesellschaft für Hypotheken- und Kommunalkredit mit dem Recht der Pfandbriefausgabe. In Deutschland wurden zuerst im Jahre 1862 die Frankfurter Hypothekenbank und die Deutsche Hypothekenbank in Meiningen errichtet. Die im Jahre 1835 gegründete Bayrische Hypotheken- und Wechselbank erhielt erst 1864 das Recht der Pfandbriefausgabe. Preußen erließ unter dem 6. Juli 1863 „Normativbestimmungen über die Konzessionierung von Hypothekengesellschaften, welche die Ausgabe von Obligationen au porteur beabsichtigen", auf Grund deren im gleichen Jahre die „Erste Preußische Hypotheken-Aktien-

[1] Vgl. Felix Hecht, Hypothekenbankrecht in der 6. Auflage dieses Werkes, Dannenbaum, Deutsche Hypothekenbanken 1911, Kommentar zum Hypothekenbankgesetz von Göppert-Seidel 1911.

gesellschaft" gegründet wurde; die Bestimmungen wurden 1867 geändert, insbesondere die Beleihungsgrenze erhöht. Unter dem 27. Juni 1893 wurden neue Normativbestimmungen erlassen, welche weitere erhebliche Erleichterungen brachten. Der Umstand, daß die außerpreußischen Hypothekenbanken wie auch einige Institute in Preußen (die Frankfurter Hypothekenbank und die von den Normativbestimmungen befreite Preußische Zentral-Bodenkredit-Aktiengesellschaft) den Normativbestimmungen nicht unterstanden, ließ eine reichsrechtliche Regelung wünschenswert erscheinen, die durch das *Hypothekenbankgesetz* vom 13. Juli 1899 erfolgte.

Hypothekenbanken sind danach Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in der hypothekarischen Beleihung von Grundstücken und der Ausgabe von Schuldverschreibungen auf Grund der erworbenen Hypotheken besteht (§ 1). Die Form der Kommanditgesellschaft auf Aktien kommt in der Praxis nicht vor. Die Hypothekenbanken bedürfen zur Ausübung ihres Geschäftsbetriebes der *Genehmigung des Bundesrates* bzw., falls die hypothekarischen Beleihungen auf das Gebiet eines Bundesstaates beschränkt sind, der Genehmigung der Zentralbehörde dieses Bundesstaates. Dies gilt auch von einer Änderung der Satzungen. Zur Ausgabe von Schuldverschreibungen auf den Inhaber bedürfen die Hypothekenbanken außerdem der Genehmigung des betreffenden Einzelstaates gemäß § 795 BGB. Offenen Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften, Gesellschaften m. b. H., eingetragenen Genossenschaften und einzelnen Personen ist der Betrieb von Hypothekenbankgeschäften untersagt (§ 2); gestattet wäre dagegen die Form des rechtsfähigen Vereins; solche Vereine würden gemäß § 22 BGB. die Rechtsfähigkeit durch Verleihung von seiten des betreffenden Bundesstaates erhalten und den Bestimmungen des Hypothekenbankgesetzes nicht unterliegen.

Der *Geschäftskreis* der Hypothekenbanken ist durch § 5 des Gesetzes genau umgrenzt. Außer der Gewährung hypothekarischer Darlehen und der Ausgabe von Pfandbriefen ist ihnen gestattet: das kommunale Darlehensgeschäft, d. i. die Gewährung nicht hypothekarischer Darlehen an inländische Körperschaften des öffentlichen Rechts oder gegen Übernahme der Gewährleistung durch eine solche Körperschaft und die Ausgabe von Schuldverschreibungen (Kommunalobligationen), das Kleinbahn-Darlehensgeschäft, d. i. die Gewährung von Darlehen an inländische Kleinbahnen gegen Verpfändung der Bahn und die Ausgabe von Schuldverschreibungen (Kleinbahnobligationen), der Erwerb, die Veräußerung und Beleihung von (nicht deckungsfähigen) Hypotheken, ferner eine Anzahl risikoloser Kreditbankgeschäfte, nämlich das Effektenkommissionsgeschäft unter Ausschluß von Zeitgeschäften, das Inkassogeschäft und das Depositengeschäft, dieses jedoch mit der Maßgabe, daß der Gesamtbetrag des hinterlegten Geldes die Hälfte des eingezahlten Grundkapitals nicht übersteigen darf. Der Erwerb von Grundstücken ist nur zur Verhütung von Verlusten an Hypotheken oder zur Beschaffung von Geschäftsräumen gestattet. Von diesen Bestimmungen besteht jedoch eine wichtige Ausnahme: den vor Inkrafttreten des Gesetzes errichteten Hypothekenbanken, die früher weitere Geschäfte als die in § 5 bezeichneten betrieben haben, ist der Fortbetrieb dieser Geschäfte gestattet (§ 46). Es sind daher jetzt zwei Arten von Instituten, die *reinen* und die *gemischten* Hypothekenbanken, zu unterscheiden. Gegenwärtig bestehen (einschließlich der oben erwähnten Hessischen Landes-Hypothekenbank) 28 reine und 10 gemischte Hypothekenbanken.

Die Hypothekenbanken unterliegen ferner der *Aufsicht des Bundesstaates*, in welchem die Bank ihren Sitz hat (§ 3). Die Aufsichtsbehörde (in Preußen der Landwirtschaftsminister, unter ihm der Polizeipräsident von Berlin bzw. die Regierungspräsidenten) kann einen besonderen Kommissar (Staatskommissar) bestellen, der unter ihrer Leitung die Aufsicht ausübt. Dies ist der Fall bei den außerpreußischen Hypothekenbanken; in Preußen hat nur die Zentral-Bodenkredit-Aktiengesellschaft einen Staatskommissar, im übrigen wird die unmittelbare Aufsicht durch hauptamtlich angestellte Bankinspektoren (drei für den ganzen Staat) ausgeübt. Bei einigen Banken wird der von der Regierung bestimmte Staatskommissar von der Generalversammlung als Mitglied des Aufsichtsrates gewählt.

Während dem staatlichen Aufsichtsorgan die materielle Überwachung des gesamten Geschäftsbetriebes der Bank obliegt, dient zur formalen Überwachung in bezug auf die Deckung der ausgegebenen Pfandbriefe die Institution des *Treuhänders* (§ 29 ff.). Als Treuhänder werden von der Aufsichtsbehörde gewöhnlich im Nebenamt höhere Staatsbeamte, mit-

unter auch Notare bestimmt. Bei den Banken, die schon vor Inkrafttreten des Hypothekenbankgesetzes einen Staatskommissar hatten, kann dieser zugleich zum Treuhänder bestellt werden (§ 51), was bei einer Reihe von Banken geschehen ist. Der Treuhänder hat die als Deckung für die Pfandbriefe dienenden Hypothekenurkunden, bei Kommunal- und Kleinbahn-Darlehen die zugrunde liegenden Schuldurkunden bzw. die als Ersatzdeckung (§ 6 Abs. 4) verwendeten Reichs-, Staatsanleihen oder Gelder unter dem Mitverschluß der Bank zu verwahren, insbesondere darauf zu achten, daß die vorschriftsmäßige Deckung für die ausgegebenen Schuldverschreibungen jederzeit vorhanden ist; er hat diese vor der Ausgabe mit einer entsprechenden Bescheinigung zu versehen.

Hinsichtlich der Deckung für die Pfandbriefe ist bestimmt, daß der Nennwert der umlaufenden Pfandbriefe jederzeit durch Hypotheken von mindestens gleicher Höhe und mindestens gleichem Zinsertrag gedeckt sein muß. Die Hypotheken müssen an inländischen Grundstücken bestellt und in der Regel erststellig sein, die Beleihung darf höchstens drei Fünftel, bei landwirtschaftlichen Grundstücken gegebenenfalls auch zwei Drittel des in bestimmter Weise festgestellten Grundstückswertes betragen (§§ 10—13). Landwirtschaftliche Deckungshypotheken müssen mindestens zur Hälfte aus Amortisationshypotheken mit mindestens $^1/_4$ % Tilgungsquote bestehen. Was die Wertermittelung der zu beleihenden Grundstücke betrifft, so stellt das Gesetz einige allgemeine Grundsätze hierfür auf. Bestimmt ist ferner, daß Hypotheken auf Grundstücke, die einen dauernden Ertrag nicht gewähren, wie Gruben, Bergwerke, nicht deckungsfähig sind; Hypotheken auf Bauplätze und unfertige Neubauten dürfen als Deckung verwendet werden, jedoch nur bis zum zehnten Teil des zur Deckung benutzten Hypothekenbestandes und bis zum halben Betrag des Grundkapitals. Eine Anweisung über die Wertermittelung, die der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedarf, ist von der Hypothekenbank zu erlassen. Im einzelnen erfolgt die Wertermittelung auf Grund von Taxen, welche durch Vertrauensmänner der Bank vorgenommen werden; in einzelnen Gegenden Süddeutschlands werden auch die dort bestehenden öffentlichen Schatzämter benutzt. Was die Darlehensbedingungen betrifft, so ist das Darlehen in der Regel in Geld zu gewähren, und das Recht zur Rückzahlung darf nur bis zu einem Zeitraum von zehn Jahren ausgeschlossen werden. Bei Amortisationshypotheken darf zugunsten der Bank ein Kündigungsrecht nicht bedungen werden.

Die zur Deckung der Pfandbriefe dienenden Hypotheken, Kommunal- und Kleinbahndarlehen sind von der Bank je einzeln in ein besonderes Register einzutragen, und es werden dagegen entsprechend den verschiedenen Arten der Deckung drei verschiedene Arten von Schuldverschreibungen, nämlich Pfandbriefe, Kommunal- und Kleinbahnobligationen, ausgegeben. Doch können Kleinbahndarlehen mit Garantie einer Kommune entweder in das Kommunal- oder in das Kleinbahnregister eingetragen und daher entweder Kommunal- oder Kleinbahnobligationen ausgegeben werden.

Im Falle des Konkurses über das Vermögen der Hypothekenbank haben die Pfandbriefgläubiger ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus den als Deckung dienenden Hypotheken bzw. Kommunal- und Kleinbahndarlehen, Geld und Wertpapieren. Die verschiedenen Deckungsmassen sind getrennt zu behandeln, so daß den Inhabern der Pfandbriefe nur die im Register eingetragenen Hypotheken, den Inhabern der Kommunalobligationen nur die im Register eingetragenen Darlehensforderungen an die Kommunen, den Inhabern von Kleinbahnobligationen nur die im Register eingetragenen Darlehensforderungen an die Kleinbahnen zur abgesonderten Befriedigung dienen. Unabhängig hiervon können die Pfandbriefgläubiger die Rechte auf Grund des Gesetzes, betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, vom 4. Dezember 1899 ausüben. Im Konkursfalle sind die Kosten für eine auf Grund dieses Gesetzes berufene Versammlung aus der betreffenden Deckungsmasse zu berichtigen (§ 35).

Die reinen Hypothekenbanken dürfen Hypothekenpfandbriefe nur bis zum 15fachen Betrag des Grundkapitals und des (ausschließlich zur Deckung einer Unterbilanz oder Sicherung der Pfandbriefgläubiger bestimmten) Reservefonds ausgeben (§ 7). Bei den gemischten Hypothekenbanken ist der Betrag auf das Zehnfache beschränkt (§ 46) [1]. Bei

[1] Bei zwei gemischten Instituten ist der Betrag auf das Zweifache des Grundkapitals und der Reserven beschränkt, da diese vor Inkrafttreten des Gesetzes ein weitergehendes Recht nicht besaßen.

solchen reinen und gemischten Hypothekenbanken, welche vor Inkrafttreten des Gesetzes eine weitergehende Ausgabebefugnis besaßen, ist dieses Recht auf das 20fache des am 1. Mai 1898 eingezahlten Grundkapitals (ohne Reserven) begrenzt. Auf Grund einer späteren Erhöhung des Grundkapitals und der Reserven kann nur der 15- bzw. 10fache Betrag an Pfandbriefen ausgegeben werden. In bezug auf die Berechnung des zulässigen Höchstumlaufs stehen den Pfandbriefen die Kleinbahnobligationen gleich. Dagegen dürfen Kommunalobligationen in solchem Betrage ausgegeben werden, daß die Summe der Pfandbriefe und Kleinbahnobligationen zuzüglich der Kommunalobligationen die Höchstbeträge um jeweils ein Fünftel übersteigt (§ 41 Abs. 2). Der zulässige Höchstumlauf erhöht sich also hier beispielsweise von dem 15- auf das 18fache des Grundkapitals und der Reserven.

Für die Hypothekenbanken ist die Publikationspflicht dahin erweitert, daß sie ihren Umlauf an Schuldverschreibungen und die gegenüberstehende Deckung per 31. Dezember und 30. Juni jeden Jahres im Februar bzw. August zu veröffentlichen haben (§ 23). Auch sind für die Methode der Bilanzierung, insbesondere der Buchung des Disagios und Agios, Vorschriften getroffen (§§ 24 ff.).

Die Frage der M ü n d e l s i c h e r h e i t der Pfandbriefe usw. ist nach den Landesgesetzen zu beantworten. In Preußen sind nicht die Pfandbriefe, wohl aber solche Kommunalobligationen, die auf Grund von Darlehen an preußische Kommunen ausgegeben sind, mündelsicher (AG. zum BGB. Art. 74 Z. 4). Die außerpreußischen Staaten haben den Pfandbriefen der in ihrem Gebiet ansäßigen Hypothekenbanken vielfach die Mündelsicherheit verliehen. Das Großherzogtum Hessen hat auch den Pfandbriefen einiger süddeutscher Institute, die ihren Sitz in Frankfurt, Mannheim und München haben, die Mündelsicherheit in seinem Gebiete gewährt.

4.

Zivilprozeß und Konkursrecht

von

Josef Kohler.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 256
1. Grundbegriffe 256
2. Geschichtliche Entwicklung 260
3. Kurze äußere Schilderung des Rechtsganges 264

A. Entscheidungsprozeß 266

Erstes Buch: Elemente. Prozeßorgane und Prozeßformen . 266
I. Prozeßorgane 266
A. Mitwirkende Privatpersonen 266
B. Gericht 268
1. Allgemeines 268
2. Gerichtsbarkeit 269
3. Gerichtszwang 271
4. Einrichtung der Gerichts 275
5. Arten der ordentlichen Gerichte 278
6. Gerichtsstandordnung 279
7. Sachliche Zuständigkeitsordnung 283
8. Instanzordnung 283
9. Anderweitige öffentliche Organe 284
II. Prozeßformen 284
1. Mündliches Verfahren und Termine 284
2. Schriftliches Verfahren und Fristen 287
3. Öffentlichkeit 288
4. Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit 289
a) Unmittelbarkeit unter den Parteien 289
b) Unmittelbarkeit gegenüber dem Gericht 291

Zweites Buch: Der Prozeß als Partei- und als Untersuchungsprozeß
I. Parteiverfahren als Kampfesverfahren 292
A. Parteien und ihre Gehilfen 292
B. Verhältnis der Parteitätigkeit zur richterlichen Betätigung 298
C. Ineinandergreifen der Kampfestätigkeit 300
Anerkenntnis, Kongruenz, Versäumnis 300
D. Prozeßbetrieb 303
II. Untersuchungsverfahren 304

Drittes Buch: Prozeß als Rechtsverhältnis 306
1. Abschnitt, Parteiprozeß 306
A. Rechtsverhältnis bis zum Endurteil 306
I. Allgemeines 306
II. Klage als Rechtsgeschäft 307
1. Allgemeines 307
2. Arten der Klage 308
3. Formen der Klage 311
III. Einheit des Prozeßverhältnisses 311
1. Prozessuale Seite 311
2. Zivilrechtliche Seite 312
IV. Entwicklung des Prozeßverhältnisses 312
1. Allgemeines 312
2. Prozeßhandlungen der Parteien 313

Seite

a) Vorbringen von Tatsachen 313
α) Tatsachenstoff im allgemeinen 313
β) Tatsachenstoff und Beweislast 314
b) Vorbringen von Beweisen 316
c) Prozeßhandlungen mit zivilrechtlicher Wirkung 316
d) Prozeßeinwendungen und Prozeßeinreden 317
e) Tatsächliche Einwirkungen 318
3. Prozeßhandlungen des Gerichts 318
a) Allgemeines 318
b) Beweiserhebung 318
α) Charakteristik 318
β) Beweismittel im einzelnen 319
V. Rechtslagen 327
VI. Prozeßpflichten 330
VII. Prozeßverträge 331
VIII. Wandlungen des Prozeßverhältnisses 333
1. Allgemeines 333
2. Rechtsnachfolge 334
IX. Unterbrechung 335
X. Lösung 337
XI. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit 338
B. Rechtsverhältnis im Urteil 341
I. Entscheidungskraft 341
1. Urteilsvoraussetzungen 341
2. Urteilsfeststellung 343
a) Charakter 343
b) Objektive Ausdehnung der Rechtskraft 345
c) Subjektive Ausdehnung der Rechtskraft 345
II. Reaktion des materiellen Rechts 348
III. Entscheidungskraft und Gebietshoheit 349
2. Abschnitt, Untersuchungsprozeß 350

Viertes Buch: Prozeß mit Verfahrensmehrheit 351
I. Allgemeines 351
II. Vorbehaltsurteil 352
III. Rechtsmittel 353
1. Allgemeines 353
2. Berufung 357
3. Revision 358
4. Beschwerde 359
5. Einspruch 360
6. Sonstige Hilfsmittel, Anschlußprozeß 361

Fünftes Buch: Mehrheit von Prozessen 362
1. Verbindung von Prozessen 362
a) Klagenhäufung 362
b) Streitgenossenschaft 362
c) Widerklage 364
2. Sonstige Beziehungen von Prozessen 364
a) Aussetzung wegen des Präjudizialverhältnisses 364
b) Beihilfe 365

B. Verwirklichungsprozeß, Zwangsvollstreckung und Konkursverfahren 366
I. Vollstreckungstitel und vollstreckbare Ausfertigung 366
II. Vollstreckungsverhältnis als Rechtsverhältnis 369
III. Geldvollstreckung 370
1. Allgemeines 370
2. Vollstreckung auf bewegliche Gegenstände 371
3. Vollstreckung auf unbewegliches Vermögen 374
4. Hindernisse der Vollstreckung 377
5. Konkursrecht 378
a) Allgemeines 378
b) Vollstreckbarer Titel, Konkurseröffnungsbeschluß 379

Seite

c) Stellung des Gantschuldners 380
d) Beschlagsrecht 380
α) Allgemeines 380
β) Vereinigung des Beschlagsvermögens 382
αα) Allgemeines 382
ββ) Erweiterung des Beschlagsvermögens durch Gläubigeranfechtung 383
γγ) Vereinigung der Beschlagsgläubigerschaft 384
e) Lösung des Konkurses 385
f) Sanierungen 386
6. Hilfsrechte der Vollstreckungen, Offenbarungseid 387
IV. Sonstige Vollstreckungen 388

C. Außerordentliche Prozeßbildungen und Erstreckungen des Prozesses 389

Erstes Buch: Exekutivverfahren 389
I. Allgemeines 389
II. Vollstreckbare Verträge 390
III. Mahnverfahren 392
IV. Urkundenprozeß 394
V. Arrestprozeß 395
VI. Einstweilige Verfügung 398

Zweites Buch: Richterliche Fürsorge 399

Drittes Buch: Soziale Erstreckung der Prozeßfolgen 399
I. Allgemeines 399
II. Rechtskraft in Statusprozessen 400
III. Zuzug Dritter 400
1. Hauptintervention 400
2. Sonstige Zuziehung Dritter 401
IV. Aufgebotsverfahren 402

Literatur.

Die Anfänge der Behandlung des Prozesses reichen in die Glossatorenzeit zurück; in ihren Distinktionen und Summen finden sich schätzenswerte Ausführungen, sowie im Brachylogus (Buch IV); wichtig ist ferner die kanonistische Behandlung im 12. und 13. Jahrhundert. Eine gewaltige, aber völlig unverdaute Sammlung des wissenschaftlichen Prozeßmaterials seiner Zeit bietet Durantis († 1296) speculum juris, das auf die Entwicklung einen ungeheuren Einfluß ausgeübt und (mit den Additiones des Johannes Andreae) unmittelbar wie mittelbar den romanisch-kanonischen Prozeß beherrscht hat. Daran schließen sich die Schriften der Postglossatoren, unter denen Bartolus und Baldus weit hervorragen; auch der spanische Bartolus: Covvaruvias, ist bedeutsam. Eine Reihe deutscher Prozeßwerke sind für die Rezeptionsgeschichte wichtig, bieten aber keinen Fortschritt in der Behandlung des Rechts. Eine neue Bahn betraten die Sachsen: König (Practica und Prozeß der Gerichtsleuffte 1550), Carpzov (Processus juris in foro Saxonico und Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica), sowie die Kameralschriftsteller, namentlich Mynsinger und Gaill. Ein weiterer Antrieb kam in die Entwicklung durch das Naturrecht im Anfang des 19. Jahrhunderts, namentlich durch Gönner und Grolman. Dagegen war, was sonst die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts brachte, insbesondere der Zivilprozeß von Hieronymus Bayer, von bedauerlicher Mittelmäßigkeit. Eine neue Behandlung begann mit Wetzell, der zuerst das eingehende historische Studium des italienischen und sächsischen Prozesses anregte und wenigstens den Versuch einer tieferen Systematik machte, aber für den modernen Prozeß und seine Bedürfnisse nicht das mindeste Verständnis hatte. Sein „System des ordentlichen Zivilprozesses" erschien in 3 Auflagen (1854, 1864, 1878). Im Vergleich hierzu ist Renaud (1867, 2. Aufl. 1873) sehr minderwertig und Endemann, Das deutsche Zivilprozeßrecht (1868), geradezu schlecht. Von Einzelarbeiten ragen Briegleb, Geschichte des Exekutivprozesses (2. Aufl. 1845), Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse (1859), Planck, Mehrheit von Rechtsstreitigkeiten (1844), Lehre vom Beweisurteil (1848), Zimmermann, Glaubenseid (1863), und Bülow, Lehre von den Prozeßeinreden (1868) weitaus hervor. Bahnbrechend aber war das nicht genug zu rühmende Werk von Zink, Ermittelung des Sachverhaltes im französischen Zivilprozeß (1860), 2 Bände (1. Band die Abhandlung, 2. Band die Belege enthaltend), welches die ganze Verknöcherung und ungelenke Steifheit, die Unkultur und Kulturunfähigkeit des gemeinen Prozesses darlegte.

Mit der deutschen Zivilprozeßordnung erfolgte im großen Ganzen die Niederwerfung des sächsischen Verfahrens und des jüngsten Reichsabschiedes und die Rückkehr zum romanisch-germanisch-kanonischen Prozeß, während auf einigen Gebieten der germanische Prozeß eine neue Entwicklung nahm. Die Literatur war zunächst vorwiegend Kommentarliteratur, die notwendig ist, aber eine niedrigere Stufe in der wissenschaftlichen Behandlung kennzeichnet. Doch nahm jetzt unter Erfassung der rechtsgeschäftlichen Natur des Prozesses und unter scharfer Analyse seiner Bestandteile die Doktrin selbst einen neuen Aufschwung; jetzt erst entstand eine wahre Prozeßwissenschaft. Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts (1885), welches, wenn auch ohne Rechtsvergleichung verfaßt und in vielem abirrend und auf unrichtige Bahnen führend, doch eine bedeutsame wissenschaftliche Leistung war, ist nicht über den ersten Band gediehen, und auch dieser ist nicht nach der neuen Zivilprozeßordnung umgearbeitet. Im Gegensatz dazu ist Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts I (1887), II (1896), zwar vollendet, aber völlig rückständig; es steht weder dogmatisch noch historisch auf der Höhe und kann mit den früheren prozessualischen Arbeiten des Verfassers nicht verglichen werden. Später erschienen lehrbuchartige Darstellungen des Zivilprozesses von Richard Schmidt, Hellwig, Kleinfeller, Kisch, Weismann. Unter ihnen ist Weismanns Darstellung als die ausgereifteste Leistung hervorzuheben.

Den Prozeß als Rechtsverhältnis arbeitete ich heraus in meiner Schrift „Prozeß als Rechtsverhältniß" (1888), welche Schrift zugleich gegen die Irrtümer Wachs und seiner Nachfolger Front machte. Weitere, namentlich rechtsvergleichende Studien von mir erschienen als „Prozeßrechtliche Forschungen" (1888), sodann „Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozeß" (1893); eine Sammlung verschiedener prozessualischer Abhandlungen enthalten die „Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß" (1894); eine Zusammenfassung bietet „Grundriß des Zivilprozesses" (1907) und eine Erörterung verschiedener Grundfragen: Dernburg-Kohler, Bürgerl. Recht VI S. 548—596. Ein Lehrbuch des Zivilprozesses soll in Bälde erscheinen.

Von der Literatur über Konkursrecht ist aus früherer Zeit zu nennen Salgado de Samoza († 1664), Labyrinthus creditorum, der einen mächtigen, aber nicht eben günstigen Einfluß auf die Entwicklung übte. Viel fruchtbarer sind die Schriftsteller zur Ordonnance du

commerce, welche die faillite behandeln. Von der neuen Literatur, die großenteils Kommentarliteratur ist, erwähne ich: den trefflichen Kommentar von Jäger, „Konkursordnung auf Grundlage des neuen Reichsrechts", der leider in der Konstruktion nicht die richtigen Wege wählt, sodann das lehrreiche Werk von Thaller, Faillite en droit comparé (1887), L. Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht (1899), ein Werk, das von richtigen Grundgedanken ausgeht, ohne sie aber mit analytischer Schärfe durchzuführen, und, ebenfalls auf richtiger Grundlage beruhend, aber im einzelnen abirrend, Hellmann. Von mir erschienen: „Lehrbuch des Konkursrechts (1891), worin ich die richtige Beschlagsrechtstheorie nicht nur entwickelte, sondern auch im ganzen und einzelnen, in historischer und rechtsvergleichender Grundlegung durchzuführen suchte; „Leitfaden des deutschen Konkursrechts (1893)" und nunmehr (1903) die zweite, bedeutend vermehrte Auflage dieses Leitfadens, worin ein Teil des Lehrbuchs mitverarbeitet ist.

Eine Wissenschaft des Prozesses hat sich nur in Deutschland, Österreich und Ungarn entwickelt; Frankreich und England stehen noch auf dem Boden der empirischen Kommentarliteratur. Nur in Italien zeigt sich seit neuerer Zeit ein frischer Zug, und man sucht hier im Anschluß an Deutschland eine jahrhundertelange Versäumnis wieder gutzumachen und die ungeheuren Schätze des Prozeßrechts, die sich in der italienischen Städteentwicklung finden, zu heben. So Ferrara, Chiovenda, Menestrina und andere.

Einleitung.

1. Grundbegriffe.

§ 1. Die Verwirklichung der Rechtsansprüche kann durch Selbsthilfe, d. h. durch privaten Eingriff in die Sphäre des Anspruchsgegners, erfolgen, und dies war die erste Art, wie man sich das Recht verschaffte. Daß diese Form der Rechtserlangung einer fortgeschrittenen Kultur nicht paßte, ist oben[1] dargelegt worden, und ebenso, in welcher Weise der Prozeß als ein Zusammenwirken der Privaten mit dem Staate zuerst wahlweise entstanden ist und später die einzige Form war, in der man den Widerstand überwinden konnte. Beizufügen ist, daß schon in Hammurapis Gesetzen von 2250 v. Chr. (§ 113) die Selbsthilfe verboten wurde, und zwar bezeichnenderweise ebenso wie nach dem Decretum des Marc Aurel (decretum divi Marci) dadurch, daß der Gläubiger seine Forderung verlor. Damit vollzog sich eine wichtige Entwicklung: neben die Rechtsordnung trat die Friedensordnung, und das Erfordernis des Lebens war nun nicht nur: Lebe nach der Rechtsordnung, sondern: Lebe nach ihr unter Beobachtung der Friedensordnung, d. h. des ruhigen Besitzstandes. Keine Selbsthilfe ist natürlich die Verteidigung des Friedensstandes: Notwehr und Sachwehr sind vielmehr die nächsten Ausläufer des Friedensgesetzes[2].

Nur in den Fällen, wo ohne privates Eingreifen das Recht wirkungslos würde und öffentliche Hilfe nicht vorhanden ist, muß ausnahmsweise die Friedensordnung der Rechtsordnung weichen: Nothilfe (§§ 229 f. BGB.). Die Friedensordnung aber bestimmt, daß, wer seine Rechtsansprüche durchführen will, sich nur des Prozesses bedienen, also den widerstrebenden oder lässigen Willen seines Gegners nur mit Hilfe des Gerichts besiegen darf.

Das ist ein Grundgesetz aller Kulturnationen der heutigen Welt. Der Prozeß erweist sich auf diese Art als große Wohltat; andererseits ist die Rechtsordnung verpflichtet, ihn so einzurichten, daß eine möglichst baldige und ausgiebige Verwirklichung des Rechts zu erzielen ist.

Mit der Verwirklichung des Rechts sind noch andere Bestrebungen hervorgetreten, und auch diese mußten ihre Befriedigung finden; insbesondere verlangte das germanische Recht und unser neueres modernes Leben ein Hilfsmittel, um den Streit über Recht und Unrecht zu beschwichtigen, und um schließlich den Zwiespalt der Ansichten über die Berechtigung durch einen festen Ausspruch des Rechts zu begleichen. Dadurch ist die Aufgabe des Prozesses bedeutend erweitert worden. Er soll nicht etwa bloß Rechte verwirklichen, er soll auch nicht bloß das Recht insoweit prüfen, als es nötig ist, um in der Verwirklichung das Richtige zu treffen, sondern er soll das Recht in maßgebender Weise feststellen.

[1] Encyclopädie I S. 57.

[2] Lehrbuch des bürgerl. Rechts I S. 207 f., Kohler in Dernburg VI S. 551. Daher stehen die §§ 227 und 859 BGB. innerhalb der Friedensordnung.

Entsprechend hat der Zivilprozeß zwei ganz verschiedene Tätigkeiten zu entfalten: die Rechtsfeststellung und die Vollstreckung. Bei der Rechtsfeststellung kommt wiederum zweierlei in Betracht: das vorbereitende Verfahren und die Feststellungstätigkeit; letztere geschieht durch Urteilssprechung: diese ist etwas von der sonstigen Gerichtstätigkeit innerlich und wesentlich Verschiedenes, und der Prozeß ist darum ein Prozeß bis zum Urteil und ein Prozeß im und durch das Urteil.

§ 2. Der Prozeß hat also die Aufgabe, das Recht zu verwirklichen und festzustellen. Er verfolgt damit einen doppelten Zweck:

1. Recht muß Recht sein; die Verwirklichung des Rechts ist eine der wichtigsten Kulturaufgaben; wo es daran fehlt, ist jede gedeihliche Entwicklung ausgeschlossen.

2. Der Streit soll der Beruhigung Raum geben, denn es ist eine Voraussetzung der Kulturordnung, daß alle Dinge zur Ruhe kommen, damit von da aus sicher weitergebaut werden kann. Es darf nicht sein, daß stets eine neue Erschütterung zu befürchten ist.

Aus 1. ergibt sich: die Gerichte sollen mit aller Kraft dahin streben, das wahre Recht zu verwirklichen und festzustellen; und der Staat soll die erforderlichen Mittel gewähren, um ein solches zu ermöglichen, insbesondere die Gerichte in der nötigen Weise besetzen und organisieren.

Aus 2. ergibt sich: Ist es den Gerichten auch nicht gelungen, das Richtige zu finden, dann muß nichtsdestoweniger ihre Entscheidung gelten, denn eine stete Erneuerung des Streites würde gerade den unschätzbaren Vorteil aufheben, daß eine Beruhigung und Sicherheit der Verhältnisse eintritt.

Daher der Satz: die Gültigkeit der Entscheidung ist nicht von ihrer Richtigkeit und Güte abhängig.

§ 3. Der Prozeß ist das Mittel, um die Rechtsansprüche ohne Selbsthilfe zur Verwirklichung zu bringen; er ist nicht das einzige Mittel der Verwirklichung des Rechts, denn diese kann auch auf mittelbarem Wege erfolgen; insbesondere kann man sich möglicherweise des seelischen Zwanges bedienen: es kann Übung sein, daß der Nichtzahlende auf eine schwarze Tafel geschrieben oder aus einer Gemeinschaft ausgestoßen wird. Das war alten Rechtes und kommt auch heutzutage vor, sofern sich Vereinigungen gebildet haben zum Schutze gewisser Interessen gegen die Einwirkung widerspenstiger Elemente. Allerdings sind derartige Mittel zweischneidig; sie können auch zur Bedrückung mißbraucht werden und schweren Schaden anrichten.

Ein anderes Mittel der sozialen Rechtsverwirklichung operiert mit dem Prozeß, aber es operiert in der Art, daß der Prozeß nicht dem einzelnen aufgebürdet bleibt, sondern daß die Interessenten, als Kreditorenverbände, Hausbesitzerverbände, Verbände der Autoren, es übernehmen, in Fällen der Rechtsverletzung den Prozeß zu führen und dem einzelnen die Mühen und Kosten des Prozesses abzunehmen. Derartige Verbände haben sehr segensreich gewirkt und insbesondere in heilsamer Weise den sonst blühenden Rechtsverletzungen gesteuert; viele Rechtsverletzungen erfolgen in der Erwartung, daß der Verletzte die Kosten und Unannehmlichkeiten eines Rechtsstreites scheut: darum haben solche Verbände noch eine große Zukunft[1].

§ 4. Zivilprozeß ist ein (zwischen zwei Personen) obschwebendes Rechtsverhältnis, welches den Zweck verfolgt, auf dem Wege des Verfahrens (Rechtsganges) unter richterlicher Beihilfe vorhandene Privatrechtsansprüche zu verwirklichen oder vorhandene Rechte oder Rechtsverhältnisse privater Art festzustellen.

Was (in Parenthese) über die zwei Personen gesagt ist, gilt allerdings nicht für jeden Prozeß, es gilt aber für die regelmäßige Form, für den Parteiprozeß; es gilt nicht für den Prozeß im Untersuchungsverfahren.

Zivilprozeß ist also nicht identisch mit Verfahren (Rechtsgang), aber der Zivilprozeß bedarf des Verfahrens.

[1] Vgl. hierzu die bemerkenswerte Darstellung von Nothnagel, Exekution durch soziale Interessengruppen (Wien 1899).

Verfahren (oder Rechtsgang) ist eine geregelte Tätigkeit, die einem bestimmten Abschluß zusteuert. Regelmäßig fällt nun der Zivilprozeß mit einem Verfahren in der Art zusammen, daß der Abschluß des Prozesses zugleich auch der Abschluß dieses Verfahrens ist; doch nicht immer: möglicherweise kann das Verfahren mit einem Urteil abschließen, das ein Nachverfahren zuläßt; hier gehört das Nachverfahren zum gleichen Prozeß, aber es ist ein zweites Verfahren, das möglicherweise nach anderen Grundsätzen stattfindet.

Dasselbe gilt von einem Prozeß mit mehreren Instanzen: auch hier bleibt das Rechtsverhältnis das nämliche, es wird aber in mehrere Verfahren zerlegt, wovon jedes Verfahren sich selbständig entwickelt; auch hier sind die mehreren Verfahren verbunden durch die auflösende Bedingung: welche jedem noch nicht rechtskräftigen Urteil anklebt.

Das Verfahren des Zivilprozesses ist meist ein sogenanntes Parteiverfahren, d. h. ein Verfahren, um im Kampfe zweier Personen, zweier sogenannter Streitteile, den Stoff für die Entscheidung des Prozesses zu gewinnen; es ist ein Parteiverfahren unter Mitwirkung des Staates, um durch den öffentlichen Willen die Verwirklichung oder Feststellung des Rechts zu erzielen, um zu entscheiden und zu zwingen. Natürlich ist dieser Kampf nicht ein leiblicher, sondern ein geistiger Kampf; man gelangt dadurch am besten zur Erkenntnis, weil sich im Einzelkampfe am leichtesten alle oft einander widerstrebenden Erkenntnismomente entwickeln lassen.

Dies gilt vom gewöhnlichen Zivilprozeß, vom Parteiprozeß. Ausnahmsweise gibt es Prozeßformen ohne Parteien: man spricht hier vom Untersuchungsverfahren; so im Entmündungsprozeß.

§ 5. Daß sich der Zivilprozeß in einem rechtlich geregelten Verfahren entwickelt, hat er

1. mit dem schiedsrichterlichen „Verfahren",
2. mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit,
3. mit dem Verwaltungsstreitverfahren,
4. mit dem Strafprozeß

gemein.

Vom ersteren unterscheidet er sich dadurch, daß er nicht ein Privatverfahren, sondern ein Verfahren unter Zuziehung staatlicher Organe ist, während die schiedsrichterliche Tätigkeit sich innerhalb eines rein privatrechtlichen Verhältnisses abspielt [1].

Von den übrigen drei Verfahrensweisen unterscheidet sich der Zivilprozeß durch seinen Zweck; denn bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Rechtspolizei) sollen neue Rechtsbeziehungen geschaffen, nicht alte verwirklicht oder festgestellt werden (neue Rechtsbeziehungen des bürgerlichen Rechts, doch gibt es auch eine freiwillige Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts); beim Verwaltungsstreitverfahren aber handelt es sich um die Verwirklichung von Rechtsansprüchen oder um Feststellung von Beziehungen des öffentlichen Rechts, und beim Strafprozeß waltet der Zweck, einer strafbaren Handlung die gebührende Strafe zuzuteilen. Welche Verhältnisse dem bürgerlichen und welche dem öffentlichen Recht angehören, ist in der Darstellung dieser Rechtsgebiete auszuführen (meist in der Darstellung des öffentlichen Rechts). Hervorzuheben ist, daß ein Anspruch öffentlich-rechtlich ist, auch wenn man sich dabei über eine bürgerlich-rechtliche Präjudizialfrage schlüssig machen muß, und umgekehrt. Die Präjudizialfragen verschieben den Standpunkt des Rechts nicht.

§ 6. Der Unterschied des Prozesses von der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergibt sich aus dem Obigen mit Klarheit dahin, daß bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit neue Rechtsbeziehungen geschaffen werden sollen, während der Prozeß zur Erledigung und Feststellung vorhandener Rechtsverhältnisse bestimmt ist. Im übrigen hat auch die Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit natürlich nicht blindlings zu handeln, sondern vorher zu prüfen, ob die Voraussetzungen derjenigen Rechtsbetätigung vorliegen, welche die Behörde ausüben soll. Die Prüfung findet aber dann nicht statt zu dem Zweck, um ein Rechtsverhältnis zu entscheiden, sondern, um

[1] Sie unterliegt daher ihren besonderen Grundsätzen, nicht den Grundsätzen des Prozesses; z. B. wird das Schiedsgerichtsverfahren nicht durch Konkurs unterbrochen, wenn es auch hier zweckmäßig ist, die veränderte Lage zu berücksichtigen. Vgl. RG. 7. 11. 1905 Entsch. 62 S. 24.

der Behörde einen Anhalt zu geben, ob sie die Betätigung der freiwilligen Gerichtsbarkeit vollziehen oder ablehnen soll. Allerdings ist es hier denkbar, daß die materiellen Fragen vorher durch ein Prozeßverfahren unter den Beteiligten festgesetzt werden, und es steht natürlich der Gesetzgebung frei, zu bestimmen, daß eine Betätigung der freiwilligen Gerichtsbarkeit erst dann erfolgen darf, wenn das Bestehen eines Rechtsverhältnisses, welches die Vorfrage bildet, prozeßgemäß entschieden ist. So darf z. B. dem Geisteskranken (abgesehen vom Fall des § 1906 BGB.) kein Vormund gegeben werden, wenn nicht vorher eine Entmündigung und damit eine Bestätigung der Geisteskrankheit stattgefunden hat: diese Konstatierung ist dann nicht ein bloßes Element in der Kette der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern sie ist eine notwendig vorausgehende gerichtliche Entscheidung. Anders dagegen, wenn beispielsweise im Falle der §§ 1357, 1358 BGB. und § 53 des Gesetzes über freiwillige Gerichtsbarkeit (G. f. G.) das Vormundschaftsgericht zu erwägen hat, ob der Gebrauch der eheherrlichen Macht sich als ein Mißbrauch darstellt, oder wenn im Falle der §§ 1379, 1402, 1447, 1451 BGB. das Gericht prüfen muß, ob ein „ausreichender Grund" der Zustimmungsverweigerung vorliegt. Hier wäre es ja sehr wohl möglich, daß die Gesetzgebung verordnete, es sollte diese Frage zuerst durch Prozeß entschieden werden; man will aber womöglich den Prozeß unter Ehegatten vermeiden und überläßt es darum dem Vormundschaftsgericht, diese Frage lediglich als Erwägungspunkt zu betrachten und ohne prozessuale Entscheidung nach seiner Erwägung und Prüfung zu handeln. Ebenso wird über die Frage des Umgangs geschiedener Eheleute mit den Kindern nicht mehr (wie früher) durch Urteil, sondern durch Beschluß der Obervormundschaft entschieden [1]. Und dasselbe gilt von den Registereinträgen im Firmenwesen (§ 125 f., 142 f. G. f. G.), dasselbe von der Tätigkeit des Standesbeamten (Personenstand.-Ges. § 11 und G. f. G. § 69).

Ob der eine oder andere Weg gewählt wird, ist nicht eine Sache grundsätzlicher Art, sondern eine Sache geschichtlicher Entwicklung und positiver Gesetzgebung (vgl. auch den § 127 G. f. G. und § 1308 BGB. mit dem [aufgehobenen] § 32 Personenstand.-Ges.).

In gleicher Weise ist es möglich, daß eine Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit einen vollstreckbaren Vertrag aufnimmt; es ist auch möglich, daß sie Beteiligten eine Frist setzt, um Widerspruch zu erheben, ansonst sie als zustimmend gelten; auch dies ist bei uns mehrfach der Fall, vgl. § 98, 158 G. f. G. Bei allen diesen Betätigungen geht die Behörde nicht über das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit hinaus. Möglich wäre natürlich auch hier die andere Behandlung, daß man im Wege des Prozesses die Beteiligten zu einer Erklärung zwänge. Man hat aber bei uns den obigen Weg gewählt.

Hier wie so oft gilt der Satz: die Begriffe sind fest, die Art ihrer Handhabung ist geschichtlich wandelbar.

§ 7. Der bürgerliche Prozeß als Parteiprozeß ist ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Personen, welches eine Entwicklung zuläßt und bestimmungsgemäß eine Weiterbildung und eine Auflösung darbieten soll. Zivilprozeß ist nicht ein Verhältnis für die Dauer — er ist ein Kampfzustand, der einem baldigen Frieden und einer möglichst schleunigen Erledigung zustreben muß.

In diesem Rechtsverhältnis können, wie in jedem Rechtsverhältnis, Rechtshandlungen verschiedener Art vorkommen, die das Rechtsverhältnis weiterbilden und der Erledigung entgegenführen; immer aber ist und bleibt es ein und dasselbe Rechtsverhältnis, und es ist völlig abwegig, hier eine Summe oder eine Reihenfolge von Rechtsverhältnissen anzunehmen: denn der Zivilprozeß muß richtig angesponnen werden, damit er richtig wieder erledigt werden kann; irgendeine Einleitung, welche einen Grundfehler in sich trägt, macht die ganze folgende Tätigkeit mangelhaft und stört ihre Wirkung [2]. Das zeigt sich auch noch darin, daß, wenn etwa das Rechtsverhältnis durch Unterbrechung aufhört, alles, was in der Unterbrechungsperiode an Prozeßhandlungen geschieht, bedeutungslos ist, zum Zeichen, daß alles von einem und demselben Prozeß getragen wird.

---

[1] § 1635 B.G.B., RG. 26. 4. 1906 Entsch. 63 S. 263.

[2] Vgl. auch Weizsäcker, Z. f. Ziv.-Prozeß XXVII, S. 20 f.; OLG. Stuttgart 24. Mai 1901, Mugdan III S. 120.

§ 8. Der Prozeß als Parteiprozeß ist nur ein Verhältnis unter den Parteien, nicht ein Verhältnis zwischen Parteien und Gericht, und völlig abwegig ist es, von einem Rechtsschutzanspruch zu sprechen, kraft dessen die Partei durch Beginn des Zivilprozesses den Richter zwinge, zu ihrem Schutze tätig zu sein, so daß der Richter mitten in das Rechtsverhältnis hineingezogen würde und der Partei gegenüber ebenso rechtlich gebunden wäre wie der Gegner [1]. Das ist ebenso unrichtig, wie wenn man bei sonstigen Staatstätigkeiten annehmen wollte, der Staat sei dem einzelnen gegenüber verpflichtet, auf seinen Wunsch hin etwa zur Testamentserrichtung mitzuwirken, oder auf seinen Wunsch hin zur Eheschließung seinen Beistand zu geben, oder ihm im einzelnen Fall den polizeilichen Schutz angedeihen zu lassen. Das beruht auf einer völligen Verkennung der staatlichen Tätigkeit, als ob der Staat etwa ein großes Lokal und die Staatsbeamten die Diener wären, die man nur herbeizuläuten brauchte und etwa auszanken dürfte, wenn sie nicht sofort zu Willen sind.

Wenn man uns entgegenhalten will, daß wir damit einer autokratischen Stellung des Staates das Wort sprächen und das Recht des einzelnen verkümmerten, so müssen wir erwidern, daß ein derartiger Vorwurf auf dem gröbsten aller Mißverständnisse beruht. Wer einer der Schöpfer der modernen Persönlichkeitstheorie ist, der ist gegen den Vorwurf gefeit, als ob er das Persönlichkeitsrecht im Prozeß in Abrede stellen wollte: die Befugnis zur Klage und zu anderen Prozeßhandlungen ist ein Ausfluß des Persönlichkeitsrechts, dessen Verletzung die gebührende rechtliche Reaktion findet; dieses Persönlichkeitsrecht aber in einem Anspruch gegen den Staat auf Staatstätigkeit zu entstellen, ist die gröbste Mißgestaltung des Anspruchsbegriffes, die mit dem dinglichen Anspruch gegen jedermann auf gleicher Stufe steht.

Zwar hat man noch folgendes geltend zu machen versucht: der Rechtsschutzanspruch sei nicht ein abstrakter, sondern ein konkreter; nicht jeder Mensch habe eine Klagebefugnis, sondern nur derjenige, der wirklich einen zivilrechtlichen Anspruch hat. Mit dieser Unterscheidung aber wird dem ganzen Prozeß der Lebensfaden abgeschnitten; denn eine richtige Gestaltung des Prozesses ist nur dann möglich, wenn zunächst bei der Beurteilung der Staatstätigkeit ganz außer Betracht bleibt, ob die Partei recht oder unrecht hat, weil der Staat seine Prozeßtätigkeit in dem einen wie dem anderen Falle in gleicher Weise darbieten muß. Und daß der Staat, wenn er von meinem Recht überzeugt ist, ein mir günstiges, sonst ein mir ungünstiges Urteil gibt, ist zwar völlig richtig, in keiner Weise aber ein Beweis für einen Rechtsschutzanspruch; denn es beruht nur eben einfach darauf, daß der Richter gehalten ist, Recht zu sprechen, wie es seine Überzeugung gebietet. Dasselbe gilt ja auch vom Schiedsrichter, und man kann gewiß nicht sagen, daß der Berechtigte als solcher dem Schiedsrichter gegenüber einen Rechtsschutzanspruch habe; man hat ihm gegenüber nur das Recht aus dem Vertrage, daß er als Schiedsrichter tätig ist (weil er als Privatmann keine öffentliche Pflicht der Gerichtsleistung hat); man hat dieses Recht aus dem Schiedsvertrag, gleichgültig, ob man in der Hauptsache recht hat, ob ein zu schützendes Recht besteht oder nicht.

2. Geschichtliche Entwicklung.

§ 9. Wie jede Rechtserscheinung, so kann auch unser Zivilprozeß nur geschichtlich erkannt werden.

Der Prozeß der deutschen Zivilprozeßordnung ist nicht aus dem gemeinen Prozeß hervorgegangen, so wie dieser sich vom 16. Jahrhundert an in Deutschland entwickelt hatte. Er ist vielmehr durchdrungen von den Prinzipien des französischen Prozesses, und diese sind nichts anderes als die Grundsätze des kanonischen Prozesses, wie er sich aus dem Zusammenstoß des römischen und germanischen Rechtes gebildet hat.

Der germanische Prozeß, wie er bei Aufnahme des römischen Rechtes gestaltet war, wäre unfähig gewesen, dem Kulturbedürfnis zu entsprechen. Er zeigte einen Formalismus, der unerträglich wurde: unter lauter uns ganz unverständlichen Formen wurde die Hauptsache vernachlässigt; das Beweissystem war ein unserem neuzeitigen Denken ganz widersprechendes:

[1] Wo diesen Rechtsschutzanspruch anknüpfen? Goldschmidt hat dafür (Festgabe für Hübler S. 88 f.) ein eigenes materielles Justizrecht ersonnen, das zwischen Himmel und Erde schwebt. Dafür haben wir keine Position.

es beruhte noch auf der Grundlage des Gottesgerichts. Der Prozeß mußte daher, wenn er dem Kulturbedürfnis entsprechen wollte, eine durchgreifende Änderung, eine Umwälzung, nicht etwa bloß eine Reform erfahren.

Er hätte sich natürlich auch ohne das römisch-kanonische Recht umgestalten können, wenn wir in Deutschland eine ruhige Entwicklung des Königsgerichts gehabt hätten, wobei das Königsgericht als Billigkeitsgericht allmählich die Härten ausgeglichen hätte. So war es in England. Aber auch hier war die Entwicklung nicht vom römisch-kanonischen Prozeß verlassen, denn in der Equity ist dieser auswärtige Einfluß mächtig gewesen. Im übrigen hat der englische Prozeß, wie er sich seit 1852 und 1873 umgestaltet hat, zahlreiche ausgezeichnete Bildungen gezeitigt, ohne deren Kenntnis der Zivilprozeßualist eine kleinliche Kirchturmsjurisprudenz treibt.

Die Aufnahme des römischen Prozesses erfolgte zunächst bei den geistlichen Gerichten. Wir finden in Deutschland bei diesen schon im 14. Jahrhundert die romanische Form; sie wurde allmählich für die weltlichen Gerichte maßgebend, und im 15. und 16. Jahrhundert romanisierte man den Prozeß in den deutschen Städten. Aber schon früher hatte sich in Italien, unter Abänderung des langobardischen Rechtes, das römisch-kanonische Verfahren in die Stadtrechte eingeführt; auch in Südtirol treffen wir im 12. Jahrhundert heimisches und kanonisches Recht nebeneinander[1]. Allerdings nahm man auch hier unbewußt eine Reihe von germanischen Ideen mit in Kauf. Eine dieser Ideen war die der Mitwirkungspflicht des Beklagten und die Idee, daß der Beklagte sich dem Verfahren und dem Urteil unterwerfen müsse: so entstanden die merkwürdigen Formen des Versäumungsverfahrens, wonach der Beklagte durch die verschiedensten Mittel, durch Exkommunikation, Vermögenseinweisung u. a., zum Erscheinen genötigt werden sollte; Formen, die heutzutage alle weggefallen sind, sich aber anderwärts als fruchtbringend erwiesen haben.

Eine andere germanische Einwirkung ist die Eigenheit der Urteilsbildung. Nach germanischem Rechte war jede Entscheidung Urteil, und jedes Urteil konnte gescholten, d. h. für ungerecht erklärt werden. An Stelle dieser Schelte trat später die Berufung, und so entwickelte sich der Satz, daß auch sogenannte Zwischenurteile berufungsfähig seien, ein Satz, mit dem die Folgezeit gerungen hat und den man allmählich mehr oder minder zu beseitigen suchte.

Der römisch-kanonische Prozeß war daher eine Verbindung des römischen mit dem germanischen Recht; des römischen Rechts, dessen Ideen teilweise frisch und lebendig, teilweise aber auch alt und verknöchert waren, so vor allem die Idee der sogenannten notwendigen oder feierlichen Terminfolge: der Prozeß mußte nach dem romanischen Recht jener Zeit in festen Stufen vor sich gehen; diese Stufen waren vertreten durch ebenso viele Termine; kein Termin durfte übergangen, keiner mit dem anderen verschmolzen werden. Diese feierliche Terminfolge hatte etwas ungemein Schleppendes und Formalistisches; sie entsprach dem bureaukratischen Wesen der spätrömischen Zeit; sie entsprach nicht den Bedürfnissen einer aufkeimenden neuen Kultur, und darum hat man in Italien diesen Prozeßsatz allmählich aufgegeben. Das berühmte Grundgesetz des Prozesses, das die Axt an die Wurzel legte, rührte vom päpstlichen Stuhle her; es war das Gesetz von Clemens V., die Clementina Saepe von 1306. Schon seit dem 12. Jahrhundert gab der Papst den von ihm delegierten Richtern häufig die Befugnis, einfach und ohne Umschweife, simpliciter und de plano, zu entscheiden: dies war das Verfahren de plano, de piano, de plain, wie wir es auch in Frankreich finden[2]. Man wollte damit sagen,

[1] Römisch-kanonisch war das Verfahren bei dem Gerichte des podestà in Florenz schon im 13. Jahrh., vgl. die Urteile bei Sabatini, Docum. dell' antica costituzione di Firenze, z. B. v. 1244 p. 313; über das Positionalverfahren in Verona vgl. den Prozeß v. 1240 zwischen S. Stefano und S. Giorgio in Biancolini, Chiese di Verona IV, p. 746; in Rom (1363) vgl. die Statuten I 8 ff., II 79, 138, in Ravenna (15. Jahrh., Mon. istor. pert. alle prov. di Romagna p. 55), in Teramo (1440) II 3 und 4, in Castellarquato (1445) II 1; in Parma, in Virenza, auch in den übrigen italienischen Städten, vgl. Lattes, Diritto consuetudinario p. 92 f.; über Südtirol vgl. Voltelini, Acta Tirolensia II p. CXXXII ff., über Frankreich Tardif, procédure civile au XIII et XIV siècle p. 110 f. Über die Entwicklung in Böhmen, bei welcher Kaiser Karl IV. einen wesentlichen Einfluß ausübte, vgl. Ott, Beiträge zur Rezeptionsgeschichte S. 164 f.

[2] Vgl. die Ordonnanz Philipp IV. für Toulouse v. 1303 a. 13. Über das Verfahren de plano bei den französischen Marktgerichten, namentlich in der Champagne, vgl. Huvelin, Essai sur le droit des marchés p. 394, 418.

daß der Richter von den Prozeßformen und namentlich von der festen Terminordnung entbunden sei. Dabei schlich sich allerdings mancher Mißbrauch ein, wie wir dies auch aus Dante erfahren [1]. Allein, es lag darin ein fruchtbarer Keim, der um so mehr Anklang finden mußte, als italienische Städte schon seit geraumer Zeit ähnliche Erleichterungen gegeben hatten. Die Clementina Saepe will nun nicht ein neues Verfahren einführen, aber sie bestimmt, wie das Verfahren simpliciter und de plano zu entwickeln sei, und gibt in dieser Beziehung namentlich folgende Norm: es solle keine bestimmte Terminordnung bestehen, sondern der Richter soll es in der Hand haben, die Termine beliebig zu bestimmen, namentlich auch den Parteien aufzugeben, in einem Termin alles noch nicht Vorgebrachte zusammenzubringen. Außerdem erklärte sie noch mehrere andere Neuerungen als berechtigt, so namentlich auch die, daß selbst bei Abwesenheit des Beklagten die Sache untersucht und entschieden werden könne.

Dieses großartige Hauptgesetz des Prozesses ist die Grundlage, auf der sich das französische Verfahren entwickelte; es wäre auch in Deutschland bahnbrechend geworden, hätte man nicht für das Reichskammergericht wiederum das altkanonische Verfahren als Norm angenommen. So kam es, daß dem gemeinrechtlichen Verfahren in Deutschland die Feinheit und Geschmeidigkeit der Clementina fremd blieb, und das war der Punkt, in dem uns das französische Verfahren überlegen war. Dazu kam noch verschiedenes andere. Das römische und das kanonische Recht — und dementsprechend auch das französische und die romanischen Prozeßrechte — machten einen wichtigen Abschnitt mit der sogenannten litis contestatio. Im römischen und romanischen Recht hatte das Verfahren vor dieser litis contestatio die Bedeutung, daß eine Reihe prinzipieller Anstände erörtert und erledigt wurde, bevor man in den Prozeß eintrat [2], und das gleiche galt auch im kanonischen Rechte, wo die litis contestatio den eigentlichen Streit eröffnete. In Deutschland hat eine spätere Entwicklung diese Spaltung aufgegeben: zu Unrecht; sie tauchte heutzutage wieder auf in der ersten Tagsatzung, im Vortermin, wie ihn insbesondere die österreichische Prozeßordnung aufgestellt, und wie man ihn auch bei uns mit Recht verlangt hat. Es ist für die ganze Prozeßführung vorteilhaft, wenn ein erster Orientierungstermin vorhanden ist, in welchem zugleich prinzipielle Fragen, wie die der Prozeßfähigkeit der Parteien, und andere Voraussetzungen des Prozesses erörtert, in welchem entsprechendenfalls ein Vergleich abgeschlossen, entsprechendenfalls ein Anerkenntnis erzielt, entsprechendenfalls der Prozeß durch Ausbleiben des Beklagten versäumnisweise erledigt wird. Das hat den großen Vorteil, daß eine Reihe von Fragen klargestellt wird, bevor man in den Prozeß eintritt, und noch mehr, daß eine Reihe von Prozessen zum vornweg sich erledigt und man nicht nötig hat, die normalen Fristen und Wege des Prozesses zu beobachten. Leider hat man in Deutschland auch in der Zivilprozeßnovelle das altbewährte Muster nicht befolgt.

Im übrigen übte auf die Entwicklung nicht des Reichskammergerichts-, aber doch des deutschen Territorialprozesses das sächsische Verfahren einen seit dem 16. Jahrhundert sich ständig steigernden unheilvollen Einfluß. Es beruhte auf einem nicht organischen, sondern mechanischen Festhalten germanischer Prozeßgrundsätze, und die Folge war, daß Mißbildungen eintraten, die in das moderne Recht nicht hineinpaßten und die Zwecke des Prozesses wesentlich schädigten. Zu diesen gehört vor allem das sogenannte Beweisurteil oder Beweisinterlokut und die dadurch bewirkte Scheidung zwischen dem tatsächlichen und Beweisverfahren.

Das Beweisverfahren im germanischen Prozeß beruhte auf dem System des Gottesbeweises (I S. 58), des Beweises mit Gottesprobe und mit Eid (allein oder mit Eideshelfern). Dies brachte es mit sich, daß das Urteil vor dem Beweisverfahren gefällt wurde: es war ein Urteil auf Beweis, dem ein weiteres Urteil nicht zu folgen brauchte, da das Ergebnis des Gottesbeweises keinem Zweifel unterliegen konnte und daher die Folgen aus dem Beweisurteil sich

[1] Vgl. meine Abhandlung: „Der summarische Strafprozeß zu Dantes Zeit" im Archiv für Strafrecht 48, S. 109 f. Vgl. auch über das summarische Verfahren Novara (1277) c. 62, Rom (1363) I 37 f., Teramo (1440) p. 25, Turin 1360 (Mon. hist. patr. I p. 712). Florenz, Stat. Potest 1284 c. 21 (Ed. Rondini) non obstet, si in hiis inquirendis vel cognoscendis juris ordo vel solempnitas aliqua fuerit pretermissa vel non observata ...

[2] Brachylogus IV 10 und 13, an den sich die romanische Bildung, namentlich in Frankreich, angeschlossen hat.

von selbst verstanden. Das Beweisurteil war ein bedingtes Urteil unter der Bedingung der Erbringung des Beweises; die sogenannte „Läuterung" kraft Erfüllung oder Nichterfüllung der Bedingung ergab sich von selbst: es bedurfte keiner richterlichen Feststellung, ob die Eide geleistet oder nicht geleistet waren. Als aber nachträglich der Beweis ein rationeller wurde und mehr oder minder in die individuelle Würdigung des Richters gelegt war, mußte in einem zweiten Urteil über das Ergebnis des Beweisverfahrens und damit über die Läuterung des Beweisurteils entschieden werden. So bekam man unnatürlich zwei Urteile: das Beweisurteil und das läuternde Endurteil, und dies war die Kennzeichnung des deutschen Verfahrens bis zur Reform, d. h. bis zur Aufnahme des kanonisch-französischen Prozesses [1].

Dieses ganze Verfahren taugte für ein modernes Beweissystem nicht. Höchstens ließe sich eine richterliche Verfügung dahin rechtfertigen, daß der Richter unvorgreiflich seine Ansicht ausspricht, wonach der Beweis der einen Tatsache vom Kläger, der Beweis der anderen vom Beklagten erwartet werde. Aber auch das wäre eine höchst unrichtige Einrichtung und schon darum höchst umständlich und hinderlich, weil der Richter hierdurch genötigt wird, die Beweislastfrage in erster Linie zu erörtern, während doch die ganze Beweislastfrage zu beseitigen ist. Den Prozeß mit unnötigen Fragen zu belästigen, ist der größte Fehler, den man begehen kann, denn überall in der Praxis soll man nur so viel Schwierigkeiten aufwerfen, als erforderlich ist, um die praktische Aufgabe zu bewältigen. Eine solche Verfügung nun aber noch gar als Urteil zu fassen, berufungsfähig zu machen und rechtskräftig zu gestalten, war eine der sinnlosesten Einrichtungen, welche die Geschichte des Rechts aufzuweisen hat. Diese unnatürliche Spaltung des Prozesses, welche dahin führte, daß man monatelang über die Beweislast stritt, gegen das Beweisurteil Berufung einlegte und dann erst die Beweise brachte, die vielfach diesen ganzen Streit als überflüssig erscheinen ließen, — diese Spaltung aufgehoben zu haben, gehört zu den Glanzpunkten der ZPO., und diejenigen, die heutzutage nichts Gutes an dieser Schöpfung der siebziger Jahre lassen wollen, mögen wohl bedenken, daß schon diese eine Neuerung ein Verdienst ersten Ranges war [2].

Eine andere Eigenheit des gemeinen Prozesses war die feste Terminordnung des Reichsprozesses. Diese wurde zwar im sogenannten jüngsten Reichsabschied von 1654 nebst anderem aufgegeben, aber dafür kam ein anderer Formalismus. In dem Bestreben, den Prozeß zu beschleunigen, bestimmte man, daß, was zu einer bestimmten Stufe des Prozesses gehöre, vereinigt werden müsse, ansonst es nicht nachgeholt werden dürfe. So hatte die Partei vielen unnötigen Stoff zu bringen, den man nur deshalb herbeischaffte, weil, wenn man ihn später etwa brauchte, man ihn nicht mehr nachschieben konnte. Dieses nannte man Eventualmaxime: man zählte sie unter die Grundprinzipien des Prozesses. Sie führte zu einem entsetzlichen Formalismus und zu einer gründlichen Verschrobenheit, so daß schließlich eine Partei genötigt war, einander ganz widersprechende Dinge zu behaupten, das eine in erster Linie, das andere eventuell für den Fall, daß das erstere nicht gelte; das Prozeßvorbringen wurde zur reinsten Unnatur, und, was noch mehr ist: unter der Notwendigkeit, solche widersprechenden Behauptungen aufzustellen, litt die Offenheit und Ehrlichkeit des Prozesses. So war der deutsche gemeine Prozeß bis ins 19. Jahrhundert gestaltet; sein Zeichen war Verballhornung und Mißgestalt.

§ 10. Die Aufnahme des kanonisch-französischen Verfahrens erfolgte in Deutschland im 19. Jahrhundert. Nachdem man seit der preußischen Gerichtsordnung verschiedene Versuche gemacht hatte, in mehr oder minder ungeschichtlicher Weise den Prozeß zu gestalten, die ergebnislos blieben, weil es der ganzen friderizianischen Periode an gesetzgeberische Gestaltungsfähigkeit fehlte, griff man in der hannöverschen Prozeßordnung von 1850 auf den kanonisch-französischen Prozeß. Alle Verderbnisse des Prozesses durch das Beweisinterlokut, durch die

[1] In Dortmund wurde noch im 13. Jahrh. in der Art auf Beweis erkannt, daß die einzelnen zu vernehmenden Zeugen benannt wurden. Diese wurden nicht in moderner Weise vernommen, sondern hatten einfach das Beweisthema zu beschwören. Im Fall des Zwiespalts entschied die Mehrzahl, oder es kam zum Zweikampf unter ihnen: Bädecker, Richter und Gericht in Dortmund (1909) S. 270, in den Beiträgen zur Geschichte Dortmunds XVII.

[2] Schon frühere Prozeßgesetze hatten die Sache dadurch erleichtert, daß sie statt eines Beweisentscheids einen unanfechtbaren Beweisbeschluß faßten. Schon das Kammergericht Brandenburg erkannte im 16. Jahrhundert auf Beweis durch einen Beschluß (Abschied).

sogenannte Eventualmaxime und durch die Schriftlichkeit fielen allmählich; und nachdem sich Deutschland geeinigt hatte, entstand auf Grund dieser Entwicklung die ZPO. samt Einführungsgesetz vom 30. Januar 1877 (mit Gerichtsverfassung vom 27. Januar des gleichen Jahres); sie trat am 1. Oktober 1879 ins Leben.

Die Schöpfung des Bürgerlichen Gesetzbuchs gab Anlaß zu einer Umformung, die leider viel zu wenig eingehend war und eine Reihe von Anforderungen nicht befriedigte. Es entstand die Zivilprozeßnovelle samt Einführungsgesetz vom 17. Mai 1898 und die Neufassung vom 20. Mai 1898; sie trat am 1. Januar 1900 in Kraft (zitiert mit ZPO.) samt neu gefaßtem Gerichtsverfassungsgesetz (GVG.). Daß man viele Einzelmißstände nicht gehoben hatte, zeigte sich recht bald, und man war genötigt, durch Gesetze vom 5. Januar 1905, 1. Juni 1909 und 22. Mai 1910 einiges flickweise zu verbessern, insbesondere weil das Rechtsmittelwesen nach Abhilfe schrie und die chronische Überlastung des Reichsgerichts zu der Misere des deutschen Rechtslebens wurde.

Dazu kam das Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsgesetz (für das Zwangsverfahren in unbewegliches Vermögen) vom 24. März 1897, neugefaßt 20. Mai 1898 (zitiert ZVG.); und auch die Konkursordnung, die am 10. Februar 1877 ergangen und seit dem 1. Oktober 1879 in Kraft war, wurde einer Umformung unterworfen durch Gesetz vom 17. Mai 1895, und so ist sie am 20. Mai 1898 neu bekanntgemacht worden (zitiert KO.).

Eine Ergänzung brachte eine Reihe weiterer Gesetze, wovon die Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 (RAO.), in wenigem abgeändert 22. Mai 1910, und das Gewerbegerichtsgesetz vom 29. Juli 1890, umgeformt 30. Juni 1901 und in neuer Fassung seit 29. September 1901 (in Kraft seit 1. Januar 1902) (GGG.) und das Kaufmannsgerichtsgesetz vom 6. Juli 1904 (KGG.) die bedeutsamsten sind.

Zeigten die Prozeßgesetze in manchem einen Fortschritt, so haben sie sich in vielem nicht bewährt und bedürfen dringend einer Reform; vgl. meine Darstellung in der Rhein. Z. III S. 1 f. Unser Prozeß steht namentlich weit hinter dem österreichischen und dem neuen ungarischen zurück. Die österreichische Prozeßordnung vom 1. August 1895 ist ein geniales Werk von Klein, die ungarische vom 8. Januar 1911 ein nicht minder geniales Werk von Plosz.

3. Kurze äußerliche Schilderung des Rechtsgangs.

§ 11. Der Analyse der Prozeßvorgänge muß eine kurze äußerliche Skizze der Prozeßentwicklung vorhergehen.

Der Prozeß beginnt regelrecht mit der Klage, die meist durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgt, welcher den Anspruch enthält und zu gleicher Zeit das Recht kennzeichnet, aus welchem der Anspruch hervorgeht. Hiermit soll, sofern erforderlich, eine Angabe des Streitwertes verbunden sein.

Die Klage muß außer dem Obigen eine Ladung des Beklagten zu einem bestimmten Termin enthalten, weshalb sie vor der Zustellung bei der Gerichtsschreiberei zur Terminbestimmung einzureichen ist, worauf der Vorsitzende die Terminbestimmung vornimmt und der Kläger die Klage abholt und zustellen läßt. In den Normalfällen, in den Prozessen vor dem Landgericht, muß die Klage von einem bei dem betreffenden Landgericht zugelassenen Rechtsanwalt ausgehen und die Aufforderung enthalten, daß der Beklagte ebenfalls einen solchen Anwalt zu seiner Vertretung ernenne, weil er wegen des Anwaltszwanges nicht in der Lage wäre, den Aufgaben der Prozeßordnung persönlich zu entsprechen.

Die Ladung darf nicht erst unmittelbar vor dem Termin zugestellt werden, sondern es soll zwischen der Zustellung und dem Termin eine Zwischenfrist liegen, die sogenannte Einlassungsfrist; diese beträgt, wenn sie vom Gericht nicht abgekürzt ist, beim Landgericht zwei Wochen (früher einen Monat); beim Amtsgericht ist sie kürzer.

In der Zwischenzeit sollen die vorbereitenden Schriftsätze gewechselt werden; es soll also der Beklagte durch seinen Anwalt eine Entgegnung geben. Allerdings setzt diese voraus, daß ihm der Kläger vorher einen vorbereitenden Schriftsatz unter Angabe der Tatsachen und Beweise, die er bringen will, zustellt; dieser wird aber gewöhnlich schon mit der Klage verbunden. Auf den Schriftsatz des Beklagten kann der Kläger seinen sogenannten Replikschriftsatz abgeben, und nunmehr kommt der Termin heran.

Im Termin findet die mündliche Verhandlung statt. Die Anwälte haben zunächst die Anträge aus ihren Schriftsätzen zu verlesen und sodann in freier Rede Tatsachen, Beweise und Rechtsausführungen zu geben.

Dabei können Prozeßfragen in Betracht kommen, so beispielsweise die Frage der Unzuständigkeit des Gerichts. Einige der Prozeßfragen sind besonders ausgezeichnet; der Beklagte kann verlangen, daß sie vor allem anderen erledigt werden: es wird dann über diese Frage ein Urteil erlassen, sei es in der Art, daß die Klage wegen Prozeßmangels abgewiesen wird (absolutio ab instantia), oder in der Art, daß die Einrede verworfen und die Voraussetzung des Prozesses als gegeben erklärt wird.

Die wichtigste Verhandlung aber ist die sachliche: hier sollen die auf den Rechtsstreit bezüglichen Tatsachen, Beweise und Rechtsausführungen gebracht werden, und der Gegner hat jeweils auf alles dieses zu antworten.

Wird die Streitsache in dem Termin nicht erledigt, so hat der Richter ohne weiteres einen Termin zur Fortsetzung des Verfahrens zu bestimmen, an welchem in der gleichen Weise weiterverhandelt wird; so können mehrere Termine aufeinander folgen. Sie gelten aber als Einheit: in jedem folgenden Termine muß alles Frühere kurz zusammengefaßt werden, so daß es ist, als wenn die Entscheidung lediglich auf Grund des letzten Termins erfolgte.

Ist das Gericht so weit in der Sache unterrichtet, daß es sein Urteil sprechen kann, so hat es dies zu tun. Es kann auch möglicherweise ein Teilurteil erlassen, wenn nur über einen Teil der Klage so viel beigebracht ist, daß er zum Spruch reif wird.

Oft aber sind Tatsachen ungewiß, über welche der Richter im klaren sein muß, um den Spruch zu geben. In diesem Falle bezieht sich der Richter auf die von den Parteien in ihrem Vorbringen vorgeschlagenen Beweise und erklärt, daß bestimmte Beweismittel erhoben werden, so viele ihm eben zur Aufklärung zu dienen scheinen. Diese Bestimmung geschieht durch Beschluß, den sogenannten Beweisbeschluß.

Daraufhin werden die im Beweisbeschluß bezeichneten Beweise erhoben; insbesondere werden die Zeugen geladen, was durch Vermittlung des Gerichtsschreibers geschieht, und sie werden eidlich vernommen, wenn die Parteien nicht auf den Eid verzichten. Ebenso kann eine beeidigte (oder unbeeidigte) Einvernahme von Sachverständigen stattfinden, welche von dem Richter instruiert, d. h. über das Thema belehrt werden müssen. Sodann kommt insbesondere auch der Urkundenbeweis in Betracht: die Urkunden sind vorzulegen, oder es sind die erforderlichen Anträge wegen ihrer Herbeischaffung zu stellen. Die volle Erhebung dieser Beweise sollte eigentlich vor dem Gerichte stattfinden, und daran sollten sich die Schlußverhandlung und das Urteil anreihen. Es ist indes gestattet, die Beweiserhebung durch ein Mitglied des Gerichts (beauftragten Richter) vornehmen zu lassen, das darüber ein Protokoll aufnimmt, worauf in der mündlichen Verhandlung die Ergebnisse der Beweise durch die Anwälte vorzutragen sind; daran reihen sich dann die Schlußverhandlung und das Urteil, wie oben.

Etwas Besonderes gilt vom Beweis durch Parteieneid; hier wird in der Regel der Eid nicht vor dem Urteil auferlegt und ausgeschworen, sondern er wird regelmäßig in das Urteil aufgenommen, so daß das Urteil bedingt gefaßt wird; erst wenn das Urteil rechtskräftig ist, wird dann der Eid abgenommen und daraufhin durch ein zweites Urteil das erste geläutert, d. h. unbedingt gemacht: mit anderen Worten, es besteht hier noch das oben (S. 263) gerügte Verfahren mit zwei Urteilen.

Das Urteil soll regelmäßig unter dem frischen Eindruck der Verhandlung, also sofort, unmittelbar im Anschluß an den Verhandlungstermin, verkündet werden. Indes kann ein besonderer, späterer Termin zur Urteilsverkündung bestimmt werden; er soll allerdings regelrecht nicht mehr als eine Woche vom letzten Verhandlungstermin entfernt sein.

Das verkündete Urteil ist für das Gericht unabänderlich: es entsteht hierdurch ein fester Rechtsstand. Die Parteien allerdings haben die Möglichkeit, Rechtsmittel dagegen einzulegen; so zunächst die Berufung, welche gegen landgerichtliche Sachen beim Oberlandesgericht einzulegen ist. Die Einlegung geschieht jetzt nicht mehr, wie früher, durch Ladung des Gegners, sondern durch Einreichung eines Schriftsatzes bei dem Berufungsgericht, welcher das Urteil bezeichnet und den Willen der Berufung erklärt, worauf das Berufungsgericht einen Termin bestimmt und den Parteien bekanntgibt.

Das Berufungsgericht kann die Sache nach allen Seiten hin prüfen; auch haben die Parteien das Recht, neue Tatsachen und Beweise vorzubringen. Es entscheidet bestätigend oder abändernd; nur ausnahmsweise kann oder soll es aufheben und die Angelegenheit an das Landgericht zurückverweisen.

Gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts ist unter Umständen die sogenannte Revision an das Reichsgericht möglich, jedoch regelrecht nur, wenn die Reichsgerichtssumme von 4000 Mk. gegeben ist. Die Einlegung der Revision hat mehrere Eigenheiten; insbesondere muß während einer besonderen Frist eine Revisionsbegründungsschrift eingereicht werden. Im übrigen können in der Revision nur Rechtsmängel gerügt werden, und auch diese nur, soweit es sich um revisible Rechtsnormen handelt (Reichsrecht, auch Landesrecht von größerem örtlichem Umfang). Das Reichsgericht wird in vielen Fällen in der Lage sein, die Sache selbst zu entscheiden; in anderen muß es sich darauf beschränken, das Urteil der vorigen Instanz aufzuheben und die Sache zur nochmaligen Verhandlung zurückzuverweisen. —

Wesentlich anders gestaltet sich das Verfahren, wenn der Beklagte im Prozeß ausbleibt: dann wird auf Antrag des Klägers ein Versäumnisurteil erlassen, welches davon ausgeht, daß die Klagtatsachen als feststehend angesehen werden. Gegen das Versäumnisurteil ist der Einspruch zulässig, worauf die Sache, wenn beide Teile erschienen sind, nach den obigen Grundsätzen weiterverhandelt wird.

In kleineren Streitsachen beim Amtsgericht entwickelt sich die Angelegenheit etwas verschieden. Die Parteien brauchen keinen Anwalt zu bestellen; der Kläger kann sich bei der Klageerhebung, und der Beklagte bei seinen schriftlichen Prozeßhandlungen der Beihilfe des Gerichtsschreibers bedienen. Der Amtsrichter hat bei der Verhandlung der Sache darauf Rücksicht zu nehmen, daß die Parteien möglicherweise rechts- und geschäftsunkundig sind: er muß ihnen daher, ohne daß er seine unparteiliche Stellung verläßt, die nötigen Belehrungen geben und durch Befragen dahin wirken, daß ihre Erklärung deutlich und vollständig ist.

Gegen das Urteil des Amtsgerichts gibt es eine Berufung an das Landgericht, aber hiergegen keine weitere Instanz.

Das Vollstreckungsverfahren ist ein Verfahren für sich und folgt seinen besonderen Regeln. Es setzt voraus, daß ein Vollstreckungsantrag gestellt wird, und daß das Gericht Gerichtsbarkeit hat. Der Antragsteller muß einen vollstreckbaren Titel für sich anrufen: nulla executio sine titulo.

Etwas Besonderes gilt von den Verfahrensweisen, welche nicht dem Grundsatz des Parteiprozesses, sondern des Untersuchungsprozesses huldigen; so von dem amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahren, dem Aufgebotsverfahren und einigem anderen.

A. Entscheidungsprozeß.

Erstes Buch.

Elemente. Prozeßorgane und Prozeßformen.

I. Prozeßorgane.

A. Mitwirkende Privatpersonen.

§ 12. Die Prozeßorgane sind:

1. mitwirkende Privatpersonen,
2. Gericht und Organe des Gerichts.

Die Privatpersonen sind im Parteiprozeß die Parteien und ihre Gehilfen, im Untersuchungsverfahren die Beteiligten. Von beiden gilt, daß sie Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit besitzen müssen; auch muß die Erscheinungsmöglichkeit gegeben sein.

Parteifähig[1] oder gerichtsfähig ist, wer für den Prozeß rechtsfähig ist, d. h. wer die Befähigung hat, Subjekt einer Prozeßrolle zu sein; diese hat bei uns jeder Mensch: es gibt keine Ausnahmen, denn wir haben keine rechtsunfähigen Menschen, keine Menschen ohne Personencharakter. Anders verhält es sich mit den Vereinen, Stiftungen, Anstalten, überhaupt mit denjenigen sozialen Gebilden, welche rechtliche Persönlichkeit erlangen können. Haben sie keine erlangt, so ist von einer Rechtsfähigkeit und darum auch von einer Parteifähigkeit keine Rede, und es kann mithin ein Prozeß von ihrer Seite nicht geführt werden: es ist hier nur möglich, daß entweder die Vereinsgenossen in streitgenössischer Weise klagen, oder daß ein einzelner als Treuhänder den Prozeß führt in der Art, daß die einzelnen Mitglieder, welche sich tatsächlich unter dem Schutze einer vermeintlichen juristischen Persönlichkeit bergen, diese Treue annehmen.

Doch dieses ließ sich nicht völlig durchführen, und so bestimmen §§ 50, 735 ZPO. und § 213 KO., daß sämtliche Vereine, auch die Vereine ohne zivilrechtliche juristische Persönlichkeit, doch für den Prozeß passiv Persönlichkeit haben sollen, d. h. soweit sie verklagt sind oder durch Vollstreckung angegriffen werden. Es verhält sich hiermit ähnlich wie im Mittelalter mit den Geächteten und Exkommunizierten, welche nicht klagen, aber verklagt werden konnten[2]. Natürlich haben sie die juristische Persönlichkeit nur für den Prozeß, nicht für das bürgerliche Recht, aber in der Art, daß die zivilrechtlichen Folgen des Prozesses die bezüglichen Rechte der Vereinsgenossen treffen: diese sind ja die Träger des Vereinsvermögens, das man ungenau im Leben und Sprachgebrauch einer nicht vorhandenen zivilistischen Persönlichkeit zuschreibt. Da mithin der Verein als prozessuale juristische Person den Prozeß führt, die Folgen aber die Vereinsgenossen treffen, so liegt hier dasjenige vor, was man Prozeßstandschaft nennt, wie unten (S. 292) weiter erörtert werden soll[3].

Prozeßfähigkeit ist die Befähigung, die Prozeßhandlungen selbst vornehmen oder wenigstens ihre Vornahme im einzelnen bestimmen zu können. Während sämtliche physische Menschen parteifähig sind, so sind nicht alle prozeßfähig: der Prozeßunfähige kann allerdings Träger einer Prozeßrolle sein, die Prozeßhandlungen aber sind durch einen gesetzlichen Vertreter vorzunehmen. Mitunter ist auch die Partei beschränkt prozeßfähig: in solchem Falle kann sie zwar Prozeßhandlungen vornehmen, aber nur in Sachen, wo sie geschäftsfähig ist.

Die Prozeßordnung hat die Frage der Prozeßfähigkeit nicht geregelt, sondern bezieht sich auf das bürgerliche Gesetz zurück (§ 52 ZPO.). Sofern die Partei nach bürgerlichem Rechte über die im Prozesse stehende Sache sich verpflichten kann, insofern kann sie auch die Prozeßhandlungen vornehmen; nicht als ob der Prozeß eine Verfügung wäre, wohl aber weil der Prozeß zu Ergebnissen führen kann, welche einer Verfügung gleichstehen. Handelt es sich um den Untersuchungsprozeß, so gilt folgendes: zur Prozeßfähigkeit des Antragstellers gehört vollkommene Geschäftsfähigkeit; über die Prozeßfähigkeit des betroffenen Teils bestehen besondere Bestimmungen.

In einigen Fällen, nämlich in personenrechtlichen Angelegenheiten, wo tiefliegende Interessen der Person im Spiele stehen, kann zwar nicht der Geschäftsunfähige, wohl aber der Geschäftsbeschränkte ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters den Prozeß führen und Prozeßhandlungen vornehmen; dies insbesondere, was die Ehescheidungsklage, die Anfechtung einer Ehe und die Anfechtung der Kindschaft betrifft (§§ 612, 641 ZPO., §§ 1336, 1341, 1595 f. BGB.). Ja, wenn es sich um die Anfechtung der Entmündigung handelt, kann der Entmündigte und

---

[1] Ich muß mich dieses vom Gesetze gebrauchten Ausdrucks bedienen; er ist ungenau, weil er auch bei Nichtparteien in Betracht kommt. Ich hatte früher den zutreffenden Ausdruck „Gerichtsfähigkeit" gebraucht; in der Zivilprozeßnovelle hat man aber den schlechteren Ausdruck angenommen.

[2] Belege dafür in den „Gesammelten Beiträgen" S. 592 f. So auch Rom (1363) I, 12 und 13: ein wegen Schulden diffidatus, soweit es sich um Schulden über 100 solidi handelt. Auch kommt es vor, daß, wer die Geldstrafen nicht gezahlt hatte, keine Klage erheben durfte; so Salò (1386) a. 134 (Bettoni IV, p. 188). Die Glossatoren und Postglossatoren besprechen diesen Fall häufig mit der Bemerkung, daß der Mangel der Parteifähigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen sei. Im übrigen vgl. über die nur für den Passivprozeß rechtsfähigen Vereine Lehrb. des bürgerl. Rechts I S. 407.

[3] Daher sind auch die einzelnen Mitglieder eventuell zum Offenbarungseide heranzuziehen OLG. Rostock 30. 9. 1911, Mugdan XXV S. 175.

infolgedessen Geschäftsbeschränkte oder gar Geschäftsunfähige selbst die Klage erheben (§§ 664, 679 ZPO.). Und was die Gewerbe- und Kaufmannsgerichte betrifft, vgl. § 30 GewGG., § 16 KaufGG.

Wohl zu unterscheiden von der Prozeßfähigkeit ist die Erscheinungsmöglichkeit, d. h. die Möglichkeit, die Form einer Prozeßhandlung zu erfüllen. Nicht selten bedarf die Prozeßhandlung einer Form, und zur Form kann gehören, daß sie von einer bestimmt geeigenschafteten Persönlichkeit ausgeht. Dies kann zur Sicherheit dafür verordnet sein, daß die Prozeßhandlung wohlvorbereitet ist; es kann aber auch zu dem Zwecke dienen, damit jemand vorhanden ist, an den man sich leicht wenden kann, nachdem durch die Prozeßhandlungen das Verfahren in Lauf gekommen ist. Der Hauptfall ist der des Anwaltsprozesses: in vielen Prozeßsachen kann die mündliche wie schriftliche Prozeßhandlung nur durch einen Rechtsanwalt vorgenommen werden, oder mindestens bedarf es eines Rechtsanwaltes, der neben der Partei handelt und den Prozeß auf sich nimmt. Der Grund ist der: man will, namentlich bei Mehrheitsgerichten, wohlvorbereitete Erklärungen entgegennehmen und es nicht etwa nötig haben, aus laienhaften Äußerungen der Parteien ihren Willen zu erraten; dazu kommt noch das weitere Interesse, daß der Prozeß von einem Anwalt geführt werden soll, der in der Nähe weilt, und mit dem man daher ohne weiteres verkehren kann. Ein Ähnliches gilt, was das Patent eines Ausländers betrifft; ein solcher hat in bezug auf die das Patent betreffenden Prozesse nur dann die Erscheinungsmöglichkeit, wenn er einen inländischen Vertreter hat; denn nur dann ist jemand vorhanden, der ohne Verzug und Umstände aktiv und passiv das tief in das Rechtsleben eingreifende Erfinderrecht zu vertreten vermag [1].

In den Prozessen vor Mehrheitsgerichten gilt der Anwaltszwang durchgängig für mündliche wie schriftliche Prozeßhandlungen, weshalb auch dem Beklagten bei der ersten Ladung kundzugeben ist, daß er einen Anwalt zu bestellen hat, § 215 ZPO. [2]; eine Ausnahme gilt nur in zwei Fällen, nämlich 1. bei den Rechtshandlungen, die nicht vor dem Kollegium, sondern vor einem einzelnen Mitgliede vorgenommen werden, welches im Namen des Kollegiums handelt, so z. B. bei einer Zeugeneinvernahme; und 2. bei den Rechtshandlungen, die vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, gleichgültig, ob sie wirklich vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden, oder ob sie in einer schriftlichen Eingabe an das Gericht erfolgen (§ 78 ZPO.).

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die sogenannte Erscheinungsmöglichkeit nicht ein personenrechtliches Erfordernis ist, sondern ein Erfordernis der Form, welches allerdings eine bestimmte persönliche Ausladung hat. Daraus geht auch hervor, daß im internationalen Prozeßrecht für die Erscheinungsmöglichkeit nur das Gesetz des Prozeßortes, nicht das Gesetz der Heimat der Partei in Betracht kommt; es kann daher kein Fremder beanspruchen, bei unseren Landgerichten deshalb ohne Rechtsanwalt prozessieren zu dürfen, weil er in seinem Lande ohne Anwalt prozessieren kann. Das Widerspiel zum Anwaltszwang ist die verkehrte Bestimmung unseres Gewerbegerichtsgesetzes (§ 31), daß bei den Gewerbegerichten Rechtsanwälte als Vertreter oder Beistände ausgeschlossen sind (auch KaufmannsGG. § 16).

B. Gericht.

1. Allgemeines.

§ 13. Das Prozeßverfahren ist ein Verfahren unter Mitwirkung des Gerichts und der Gerichtsorgane.

Gericht ist diejenige Behörde, die mit der staatlichen Autorität versehen ist, Recht zu sprechen und das Recht zu verwirklichen. Gerichtsorgane aber sind Beamte, welche innerhalb des Kreises der Gerichtstätigkeit mit größerer oder geringerer Selbständigkeit wirksam

[1] Handbuch des Patentrechts S. 414 f., 417 f., 420 f., Lehrbuch des Patentrechts S. 173.

[2] Personen, welche zum Armenrecht zugelassen werden, bekommen im Anwaltsprozeß und möglicherweise auch im Nichtanwaltsprozeß einen Rechtsanwalt unentgeltlich beigeordnet (bei dem Amtsgericht möglicherweise auch einen sonstigen Rechtskundigen) §§ 115, 116 ZPO., § 34 RechtsanwO. (RAO.). Das System des Armenanwalts findet sich auch in den italienischen Statuten; in Bologna (1250) I 24 gab es einen judex pauperum zum Beistand der viduae, orfani,

sind. Sie sind im Behördenorganismus mehr oder minder dem Gerichte angegliedert oder stehen doch unter seiner Aufsicht; ersteres ist der Fall bei den Staatsanwälten und Gerichtsschreibern, letzteres bei den Gerichtsvollziehern. Eigenartig ist es, daß Postboten, welche in den meisten Staaten Unterbeamte des Reichs sind, auch in gerichtlichen Funktionen wirken.

2. Gerichtsbarkeit.

§ 14. Das Gericht ist Gericht kraft der Gerichtsbarkeit, weil es vom Staat mit der Macht begabt ist, 1. in maßgebender Weise zu bestimmen, was Rechtens ist, und 2. das Recht, selbst gegen den Willen des Beklagten, zu verwirklichen.

Diese Autorität kann nach unseren Anschauungen nur das staatliche Gericht haben, während frühere Kulturperioden auch anderen Kulturmächten die Befugnis gaben, Gerichte zu schaffen, mit der Möglichkeit der Rechtsprechung und der Rechtsverwirklichung; so insbesondere die Kirche. Da nämlich die Kirche vielfach mit dem sonstigen nationalen Leben im Widerspruch stand und dieses einer heilsamen Disziplin unterwarf, so betrachtete sie es als eine Lebensfrage, daß ihr nicht nur gestattet werde, Vorschriften zu geben, die im bürgerlichen Leben zu berücksichtigen seien, sondern auch Gerichte einzusetzen, um diese Vorschriften zu verwirklichen. Dies galt insbesondere für Wuchergesetze, dies galt aber auch für die persönlichen Verhältnisse der Geistlichen, die zwar in der Zeit des fränkischen Reiches einfach unter der staatlichen Autorität standen, dann aber in späteren Jahrhunderten immer mehr eine unabhängige Stellung begehrten und sie schließlich auch erlangten. Von besonderer Bedeutung wurde hier die Authentica Statuimus Friedrichs II. von 1220 [1].

Unsere (staatlichen) Gerichte sind ordentliche Gerichte oder Sondergerichte. Beides sind Gerichte, daher rechtsprechende Behörden [2]. Der Unterschied zwischen ihnen ist aber folgender:

Die sogenannten ordentlichen Gerichte haben eine unbeschränkte Gerichtsbarkeit, mit wenigen Ausnahmen: die Gerichtsbarkeit fehlt nur

1. wo es sich um Personen handelt, die aus staats- oder völkerrechtlichen Gründen der Gerichtsbarkeit entzogen sind [3], wie Landesherren, Mitglieder der landesherrlichen Familie (§ 5 EG. zum GVG.), fremde Souveräne [4], Gesandten, ihre Familien, ihr Personal, ihre Dienerschaft, letzteres soweit sie nicht aus Inländern besteht, und endlich fremde Staaten [5],

2. wo es sich um Materien handelt, welche aus Gründen des internationalen Rechts der inländischen Gerichtsbarkeit entzogen werden, so

a) die Frage über das Grundeigentum auf ausländischem Gebiet und über das dort geltende Immaterialrecht,

b) die Frage über die Gültigkeit ausländischer Staatsakte [6].

---

scolares extranei qui propter paupertatem vel potentiam adversarii advocatum habere non possunt (Mon. istor. di Romagna p. 214); ähnlich in Vercelli (1241) a. 116. Übrigens lassen sich Spuren der Armenanwaltschaft schon im Kapitularienrecht entdecken; vgl. Laß, Anwaltschaft im Zeitalter der Volksrechte (1891) S. 36 f. So bekam auch bei den mittelalterlich deutschen Gerichten der Unkundige seinen Fürsprecher.

[1] Doch wurde der Verzicht des Geistlichen auf das privilegium fori von den weltlichen Statuten mitunter als gültig erklärt, so in Como (1252) a. 277 (Mon. h. p. XVI, p. 192). Interessante Bestimmungen darüber hat das Wormser Recht, vgl. Kohler und Köhne S. 22, 23.

[2] Die Frage, ob ein Sondergericht zuständig ist, ist darum nicht eine Frage über die Zulässigkeit des Rechtswegs (§ 547 Z. 1 ZPO), RG. 26. 4. 1911, Entsch. 76 S. 177.

[3] Abgesehen vom ausschließlichen dinglichen Gerichtsstand, der auch hier durchgreift (§ 20 GVG.), vgl. RG. 41, S. 388.

[4] Vgl. Z. f. Völkerrecht VI S. 201.

[5] Vgl. RG. 12. 9. 1905 Z. f. Völkerrecht II S. 313; dazu Kohler, Z. f. Völkerrecht IV S. 309 f. und die Gutachten von Laband, Meili, Seuffert ebenda IV S. 334, 353, 429. Über den Fall des ausschließlichen dinglichen Gerichtsstandes vgl. meine Ausführungen S. 318, hier auch über die zwei weiteren Fragen: 1. ob ein Staat sich der Gerichtsbarkeit eines anderen Staates unterwerfen kann; 2. ob der Staat, der klagt, sich eine Widerklage gefallen lassen muß.

[6] Vgl Gesammelte Beiträge S. 542. Daß ausländische Staatsakte von den inländischen Gerichten nicht abgeurteilt werden dürfen, darüber vgl. auch Appellhof Brüssel 1. Juli 1891, Journ. du droit intern. privé XX, p. 224.

In diesen Beziehungen fehlt es auch den ordentlichen Gerichten an Gerichtsbarkeit (§ 18 f. GVG.).

Die Sondergerichte aber haben nur eine beschränkte Gerichtsbarkeit, und wenn sie darüber hinausgehen, so ist ihre Tätigkeit nicht mehr eine richterliche.

Sondergerichte sind

1. die gewöhnlichen Sondergerichte, nämlich die in manchen Staaten bestehenden Gemeindegerichte, ferner die Landeskulturgerichte, die Rheinschiffahrts- und Elbzollgerichte; diese vier Gerichte beruhen auf Landesgesetz;

2. die judicia parium, d. h. die Standesgenossengerichte, nämlich

a) die Gewerbegerichte kraft des Gewerbegerichtsgesetzes (neue Fassung in Bekanntmachung vom 29. September 1901) [1],

b) die Kaufmannsgerichte nach Reichsgesetz vom 6. Juli 1904;

3. die Konsulargerichte, die in ausländischen Staaten (Türkei, Persien, Siam, China) auf Grund besonderen völkerrechtlichen Abkommens über Landesgenossen zu urteilen haben (auf Grund des alten Personalitätsprinzips). Keine Sondergerichte sind die Kolonialgerichte: sie sind Gerichte mit Zuständigkeit für die Kolonien.

Die ordentlichen Gerichte und die judicia parium stehen einander insofern gleich, als sie regelmäßige Streitsachen des Lebens zu erledigen haben, und die judicia parium scheiden sich nur dadurch von den Gerichten aus, daß sie besondere soziale Aufgaben erfüllen.

Die Zivilprozeßordnung stellt in § 505 den Grundsatz auf, daß, wenn eine Sache an das unzuständige Gericht kam, das unzuständige Gericht sie an das zuständige mit bindender Kraft verweisen soll, wodurch alle widerwärtigen und sozial verwerflichen Kompetenzstreitigkeiten beseitigt werden sollen. Denselben Grundsatz spricht auch der § 16 des Kaufmannsgerichtsgesetzes für das Verhältnis zwischen Kaufmannsgericht und Gewerbegericht aus. Daraus ist ohne weiteres zu schließen, daß auch im Verhältnis zwischen dem ordentlichen Gerichte und den judicia parium eine solche Verweisung stattfindet. Warum soll hier das Prinzip nicht gelten? Warum sollen alle Mißlichkeiten heraufbeschworen werden, die durch eine reguläre Verweisung gehoben werden sollen? Bei der formalistischen Art, wie der Zivilprozeß bisher behandelt wurde, ist allerdings die entgegengesetzte Ansicht die vorherrschende [2].

§ 15. In einem Bundesstaat kann die Gerichtsbarkeit vom Bunde wie von den Einzelstaaten ausgehen. So z. B. in den Vereinigten Staaten von Amerika, wo es Staatengerichte und Bundesgerichte gibt, und wo die Bundesgerichte speziell über solche Sachen urteilen, welche der bundesgerichtlichen Gesetzgebung unterstehen. Es gibt daher in Amerika Bundesgerichte erster und höherer Ordnung. In Deutschland wie in der Schweiz sind die Gerichte erster Instanz, wenigstens in Zivilsachen, stets Gerichte der Einzelstaaten, und nur das höchste Gericht, das Reichsgericht (in der Schweiz das Bundesgericht), ist ein Gericht des Reiches (des Bundes) und aus der Souveränität dieses hervorgegangen [3]. Daher hat in Deutschland das Reich das Reichsgericht zu besetzen und führt das Reich die Aufsicht darüber; die Ausgaben desselben sind Reichsausgaben; dagegen haben die einzelnen Staaten alle anderen Gerichte zu besetzen und ihre Kosten zu bestreiten.

Diese Einrichtung ist in Deutschland geschichtlich hergebracht; schon als das fränkische Reich zerfiel und landesherrliche Territorien entstanden, waren die Gerichte vornehmlich Landesgerichte; Reichsgericht dagegen war das Hofgericht, später das Kammergericht, dann das Reichs-

[1] Über die Geschichte der Gewerbegerichte vgl. die Darstellung von Stieda, Das Gewerbegericht (1890); über die französischen Prud'hommes vgl. Lyon Caen et Renault, Traité de droit commercial I, nr. 529 ff.; über die Entwicklung in der Schweiz vgl. Köpke, Über gewerbliche Schiedsgerichte (1895).

[2] Vgl. die Entscheidungen darüber in Warneyers Zusammenstellung 11 S. 319, Seufferts, Zeitschr. für Zivilprozeß 40 S. 169, 42 S. 343; Kammergericht 24. 9. 1911, JW. 40 (959). Natürlich wird hier viel mit den Vorarbeiten gewirtschaftet.

[3] Bezüglich der Schweiz vgl. Veith, Der rechtliche Einfluß der Kantone auf die Bundesgewalt (1902) S. 28; bezüglich der Vereinigten Staaten Le Fur und Posener, Bundesstaat S. 213 f.

kammergericht und der Reichshofrat. Reichsgerichte waren auch noch einige andere Gerichte, welche sich mit Recht oder Unrecht die Befugnis zuschrieben, Rechtssachen aus dem ganzen Reiche an sich ziehen und entscheiden zu dürfen, vor allem das Hofgericht Rottweil [1].

Aber auch soweit die Gerichte aus der Souveränität der Bundesstaaten hervorgehen, also ursprungshalber Einzelstaatengerichte sind, sind sie nach ihrer Funktion Gerichte des Reichs und wirken gegenseitig als Gerichte desselben Staatswesens; ja nicht nur die Gerichte, sondern auch die gerichtlichen Organe, so z. B. die Gerichtsvollzieher und im Strafprozeß die in Gerichtssachen tätigen Polizeiorgane. Daher gilt der Grundsatz, daß jede Entscheidung eines solchen Gerichts für ganz Deutschland gilt, daß sich ihre feststellende Wirkung über ganz Deutschland verbreitet, und daß ihre Zwangsgewalt das ganze Deutsche Reich umfaßt; weshalb auch ein jeder von einem solchen Gerichte oder von einem entsprechenden Notar ausgehende vollstreckbare Titel in ganz Deutschland vollstreckbar, und weshalb ein jedes Gericht Deutschlands dem anderen gegenüber hilfs- und unterstützungspflichtig ist.

3. Gerichtszwang.

§ 16. Die Gerichte haben Zwangsgewalt; diese zeigt sich:

1. als Zustellungsgewalt. Das Gericht und der gerichtliche Beamte (Gerichtsvollzieher, Postbote) haben die Möglichkeit, zuzustellen, d. h. ein Schriftstück (eine beglaubigte Abschrift des Originalschriftstückes) [2] einer Partei oder einem Dritten mit der Wirkung, zukommen zu lassen, daß bestimmte, im Prozeßgesetze vorgesehene Prozeßfolgen entstehen. Als Zustellung wirkt auch

a) die Niederlegung des Schriftstückes im Falle der Annahmeweigerung (§ 186),

b) die *Ersatzzustellung*, ohne daß das Schriftstück an den Adressaten gelangt.

Ersatzzustellung ist die Übergabe an eine andere Person mit der Rechtswirkung, als ob sie an den Adressaten gelangt wäre; so insbesondere die Übergabe an einen erwachsenen Hausgenossen, an einen Gewerbe- oder Bureaugehilfen, wenn die maßgebende Person nicht in der Wohnung oder im Geschäftslokal anwesend ist [3];

c) durch *Zustellungsersatz*, wenn statt der Zustellung ein Rechtsakt erfolgt, der keine Zustellung ist, sie aber ersetzt, nämlich Anschlag oder Preßbekanntmachung, zu welchen Mitteln man dann greift, wenn die maßgebende Person an unbekannten Orten abwesend ist oder wenn ihr im Ausland nicht zugestellt werden kann. Die Ersatzzustellung beruht auf der germanischen Idee der Einheit des Hauses, der Zustellungsersatz auf der allgemeinen Idee der Gleichwerte [4].

2. Den *Parteien* gegenüber hat das Gericht regelmäßig keine weitere Zwangsgewalt. Erscheinen sie nicht, so treten zwar gewisse Rechtsfolgen ein, aber das Gericht bringt sie nicht gewaltsam vor seine Schranken: es tut dies auch nicht einmal mittelbar dadurch, daß es das Erscheinen durch Buße oder Haft erzwingt; solches war in früheren Entwicklungsformen des Prozesses Brauch und Recht, heutzutage gilt es nicht mehr, wenigstens nicht in Vermögensprozessen: in Familienprozessen allerdings, nämlich in Eheprozessen, in Prozessen über Kind-

---

[1] Vgl. meine Schrift: Das Verfahren des Hofgerichts Rottweil (1904). Es erlosch erst 1784.

[2] Wobei die Beglaubigung durch Gerichtsvollzieher bzw. Gerichtsschreiber oder Anwalt geschieht (§§ 170, 196 ZPO.). Die Beglaubigung eines jeden ist genügend (RG. 19. Juni 1900, Entsch. 46, S. 399). Die Ansicht, daß in einem Fall nur der eine, im anderen nur der andere gültig beglaubigen könne, wäre ein unsäglicher Buchstabenkult. In gewissen Fällen wird eine Ausfertigung übergeben.

[3] Ladung ad domum habitacionis, si personaliter non invenietur, in den alten Statuten von *Como* 210 (Mon. hist. patr. XVI p. 82), u. a. In Worms und Mainz unterschied man Ladung von Mund zu Mund, und im Gegensatz dazu Ladung zu Haus und Hof.

[4] Die Idee der Gleichwertigkeit eines Verfahrens mit der Zustellung zeigt sich darin, daß man ein außerordentliches Mittel, der Person beizukommen, wählt, wo man sie nicht im ordentlichen Wege fassen kann. Diese Idee findet sich bei den deutschen Femgerichten ebenso wie in der gemeinrechtlichen Entwicklung seit den Clementinae und Bartolus. Die Femgerichte pflegten die Klage in das Stadttor hineinzuwerfen und sich vom Tor einen Span abzuschneiden, oder die Klage irgendwo festzunageln. Über die gemeinrechtliche Entwicklung vgl. *Kohler* und *Liesegang*, Beiträge zur Geschichte des römischen Rechts II S. 140 f.

schaft und über Ehelichkeit, kann das Gericht das Erscheinen erzwingen, wenn auch nicht durch Inhaftnahme, so doch durch Vorführung und durch Geldbuße (§§ 619, 640, 641 ZPO.). Für Vermögenssachen gilt nur bei Gewerbe- und Kaufmannsgerichten etwas Ähnliches, wo mindestens Geldbuße als Zwangsmittel statthaft ist (GGG. § 42, KaufGG § 16).

Sonst bedarf man eines solchen Zwanges nicht, weil die Parteien durch den Prozeß in Rechtslagen gebracht werden, welche auch ohne Zwang eine Erledigung des Prozesses ermöglichen. Etwas Besonderes gilt allerdings bei der Entmündigung (§§ 654, 656, 671 ZPO.).

3. Ein Gerichtszwang gegen *Dritte* kann dadurch veranlaßt werden, daß das Gericht zur Erledigung des Prozesses der Hilfe dritter Personen bedarf.

Solche Fälle sind gegeben I. im Aufklärungsverfahren, nämlich 1. im Fall der Forderungspfändung: hier kann dem Drittschuldner die Aufforderung zukommen, sich zu erklären, ob er die gepfändete Forderung zugestehe oder nicht, und inwiefern sie frei oder bereits durch frühere Pfandrechte oder Pfändungen gebunden sei. Im Falle der Nichterklärung tritt, wie überhaupt im Falle der Nichterfüllung einer zugunsten einer bestimmten Person eingeführten Pflicht (§ 823 BGB.), Schadenersatzhaftung ein (§ 840 ZPO.).

Und ähnlich ist es 2. im Konkurs kraft des offenen Arrestes: der dritte Besitzer der Sache wird verpflichtet, dem Konkursverwalter vom Besitze der Sache Anzeige zu machen, ansonst er für Schadensersatz haftet (§§ 118, 119 KO.).

Solche Fälle sind aber hauptsächlich gegeben II. im *Beweisverfahren*: da gerade der Beweis vielfach nur mit Hilfe dritter Personen geführt werden kann, so ist es wesentlich, daß der Staat mit Zwangsgewalt Personen zuziehen kann, die ihm helfen, den Beweis herzustellen. Im römischen Recht hat Justinian eine allgemeine Zeugenpflicht geregelt. Aber viel tiefer wurzelt der Zeugniszwang im germanischen Rechte, und der Gedanke durchdringt die deutschen Rechte, daß, wer sein Zeugnis verweigert und damit den Staat im Stiche läßt, auch nicht würdig ist, daß der Staat sich seiner mehr annimmt. Daher kann der Zeuge durch Ächtung gezwungen werden, und daraus hat auch der kanonische Recht den Satz geschöpft, daß man den Zeugen exkommunizieren kann, bis er die Zeugnispflicht erfüllt. Auch heutzutage bleibt die Vorstellung mächtig, daß es eine öffentliche Pflicht ist, als gerichtlicher Zeuge zu erscheinen. Andererseits wird man im Zivilprozeß den Gedanken nicht los, daß ein solcher Zwang doch nur im Interesse der einzelnen Prozeßparteien stattfindet. Daraus hat man folgendes abgeleitet: Es gibt Zwangsmittel, die ohne weiteres von Staats halber eintreten, und solche, die man nur anwendet, wenn ein Prozeßbeteiligter ihre Anwendung begehrt; auf solches Begehren kann gegen den Zeugen Beugungshaft bis zu sechs Monaten bestimmt werden, während der Zwang gegen Sachverständige nicht über Geldbußen hinausgehen kann (§§ 380, 390, 913, 409 ZPO.). Im Untersuchungsverfahren finden diese Zwangsmittel von Amts wegen statt (§ 653 ZPO.).

Die Zeugnispflicht ist allerdings nur unter wesentlichen Beschränkungen erträglich, denn es gibt eine Reihe wichtiger Interessen, die durch eine unangemessene Anwendung der Zeugenpflicht gekränkt würden. Man darf nicht jedes Geheimnis zerstören; man darf vom Zeugen nicht verlangen, daß er seine eigenen Interessen oder seine heiligsten Gefühle zurückdränge: man darf ihm keinen Heroismus zumuten. Daher gibt es Fälle der berechtigten Zeugnisverweigerung (§§ 376, 383 ff. ZPO.). Insbesonderheit ist das Geheimnisrecht zu wahren, und zwar sowohl das Staatsgeheimnis (soweit der Beamte nicht vom Geheimnisse losgesagt wird) als auch das Geschäftsgeheimnis (das eigene wie das fremde), und sodann vor allem das Berufsgeheimnis. Dem Arzt, dem Anwalt, dem Gutachter und dem Seelsorger muß man alles mitteilen dürfen, ohne die Gefahr, daß er es eröffnen muß. Dies ist ein allgemeines Interesse, nicht nur ein Interesse des einzelnen; denn wenn auch nur in einem einzelnen Falle ein Vertrauensmann gezwungen wäre, Zeugnis abzulegen, so würden hunderte von Personen sich nicht mehr einem solchen für Leib oder Seele sicher anvertrauen können, und die Folge wäre, daß viele elendiglich zugrunde gingen.

Aber auch das eigene Interesse verlangt sein Recht: man braucht nicht Zeugnis abzugeben, wenn es gegen die eigene Ehre geht, noch auch dann, wenn das eigene Vermögen auf dem Spiele steht; auch dann nicht, wenn Vermögen oder Ehre einer nahestehenden (noch lebenden) Person, also eines nahen Verwandten, berührt wird. Aber auch außerdem darf ein jeder Zeuge, der

mit einer Partei verwandt ist, das Zeugnis ablehnen, und wenn mehrere Kläger oder Beklagte in verbundenen Prozessen auftreten, so kann der Verwandte auch nur eines dieser Kläger oder Beklagten das Zeugnis ablehnen, weil eine Ausscheidung der Aussage hier kaum möglich ist (§§ 376, 383, 384 ZPO.).

Ausnahmsweise gibt es Fälle, wo das Verweigerungsrecht überboten wird durch eine Steigerung der Zeugnispflicht. Wer sich seinerzeit als Geschäftszeuge zuziehen ließ, kann weder wegen Verwandtschaft noch wegen Vermögensinteresses das Zeugnis ablehnen. Ebensowenig, wer ein Recht übertragen hat und über dieses Recht als Zeuge vernommen werden soll, ebensowenig der Vertreter, der im Prozeß des Geschäftsherrn zu vernehmen ist. Der Grund ist der: alle diese Personen haben die Wahrung der Interessen besonders übernommen; sie haben eine besondere Treupflicht, für den Beweis zu sorgen, und diese Treupflicht überwiegt zwar nicht alle, aber doch viele Rücksichten, die sonst zur Ablehnung berechtigen.

Eine weitere Ausnahme war schon im kanonischen Recht festgesetzt, sofern es sich nämlich um den Beweis von Familienverhältnissen handelt, z. B. bei Geburten und Todesfällen. Dieser Beweis kann vielfach nur durch nahe verwandte Personen und durch solche geführt werden, die vermögensrechtlich beteiligt sind; darum kann auch hier der Beweis nicht aus den obigen zwei Gründen abgelehnt werden (§ 385 ZPO.).

Mitunter wird die Zeugenpflicht durch die gewerbliche Stellung gesteigert; dahin gehört die alte seerechtliche Pflicht der Seeleute, bei der sogenannten Verklarung eidliche Aussagen zu machen (§ 525 HGB., § 42 SeemannsO.) [1].

Der Zeugniszwang geht auf Zeugenaussage nach Maßgabe der Wahrnehmungen und entsprechendenfalls auf Beeidigung. Eine Pflicht der Nachforschung hat der Zeuge nicht, abgesehen von der Pflicht der Einsicht seiner eigenen Notizen, soweit dies nicht mit außergewöhnlicher Mühewaltung verbunden ist (RG. Bd. 48 S. 392).

Die Sachverständigenpflicht ist eine weniger strenge; Sachverständiger braucht einer, der nicht dazu angestellt ist und sich nicht bereiterklärt hat, nur zu sein, wenn er öffentlich zum Zweck des Erwerbes ein Gewerbe oder einen Beruf treibt, der die bestimmte Kunde voraussetzt (selbständig oder als Gehilfe [RG. 50 S. 392]); sodann kann und hat ein öffentlicher Beamte das Sachverständigenamt abzulehnen, wenn die vorgesetzte Behörde es im Interesse des Dienstes untersagt (§ 407 f. ZPO.). — Alles dies ist sehr begreiflich, denn abgesehen von der schwereren Belastung des Sachverständigen ist der Sachverständige meist ersetzlich, der Zeuge nicht.

Eine Pflicht Dritter, Urkunden für den Prozeß vorzuweisen, hat zeitweise bestanden und besteht (mit Ausnahmen) im englischen Rechte fort [2].

Bei uns gilt sie nicht mehr; bei uns hat nur derjenige vorzuweisen, der nach bürgerlichem Rechte vorweisungspflichtig ist, also insbesondere der Besitzer einer Urkunde gegenüber dem Eigentümer oder Miteigentümer, sowie der Besitzer einer sogenannten gemeinschaftlichen Urkunde gegenüber dem, zu dessen Gunsten die gemeinschaftliche Urkunde allein und miterrichtet ist — so wenn es sich z. B. um einen gegenseitigen Vertrag handelt und die eine Partei im Besitz der Vertragsurkunde ist (§ 810 BGB.).

Steht eine solche Urkunde im Besitz eines Dritten, so muß man sie nötigenfalls im besonderen Prozeß durch Urteil und Exekution herbeischaffen, wofür im Hauptprozeß allerdings eine Frist gesetzt werden kann (§ 428 ZPO.). Ist sie aber im Besitz einer Prozeßpartei, so wird die Pflicht zur prozessualischen Gebundenheit; die Urkunde wird jetzt nicht etwa zwangsweise herbeigeschafft, sondern es tritt die ungünstige Prozeßfolge ein, daß das Gericht nach Umständen den vom Gegner behaupteten Inhalt der Urkunde als erwiesen annimmt (§ 427 ZPO.).

Dasselbe wie bei Urkunden gilt auch bei Augenscheinssachen, aber noch mit einem Zusatze: dritte Personen sind dann verpflichtet, Gegenstände des Augenscheins zum Beweis vorzulegen, wenn die Vorlegung nötig ist, um eine strafbare Handlung zu konstatieren; denn was im Strafprozeß recht ist, das ist im Zivilprozeß billig. Es wäre widersprechend, wenn der Staat die Verfolgung des Verbrechens nur nach der einen Seite durch eine solche Bestimmung begünstigen

[1] Vgl. schon das Consolado del mare 54 (99) und 179 (224).
[2] Gesammelte Beiträge S. 375 ff.

wollte, nicht auch nach der anderen, und gewiß ist die Möglichkeit der Zivilvergütung ebensogut ein Interesse der Öffentlichkeit wie die strafrechtliche Ahndung[1]. Soweit die Parteien die Augenscheinssache zurückhalten, gilt ähnliches wie oben, ebenso wenn eine Partei etwa pflichtwidrig den Sachverständigen an der Tätigkeit hindert — das Gericht kann hieraus die betreffenden Schlüsse ziehen (vgl. RG. 46 S. 369).

Alle diese Beschränkungen der Vorlegungspflicht sind auf die Dauer unhaltbar. Schon die österreichische Zivilprozeßordnung hat eine allgemeine Urkundenvorlegungspflicht unter den Parteien bestimmt, § 303, 305, 308 und auch für Augenscheinssachen eine Regelung geschaffen, § 318, 369; und die ungarische Zivilprozeßordnung geht noch weiter und bestimmt eine allgemeine Vorlegungspflicht der Urkunden und der Augenscheinssachen, vorbehaltlich einer Entschädigung des Eigentümers und vorbehaltlich des Falles, daß der Vorlegung wesentliche Interessen des Eigentümers im Wege stehen, § 308, 326, 342—346[2].

§ 17. Der Gerichtszwang kann nur innerhalb des Staatsgebietes geübt werden; also nur in bezug auf Personen, welche der Zwangsgewalt des Gerichtsstaates unterworfen sind; dies ist der Fall:

1. wenn die Personen im Staatsgebiet ihren Wohnsitz haben;
2. wenn die Personen auch nur augenblicklich im Staatsgebiet getroffen werden;
3. wenn sich die maßgebende Sache im Staatsgebiet befindet.

Der Gerichtszwang der Justiz kann innerhalb des Staatsgebietes geübt werden; allerdings nicht immer unmittelbar: jedes Gericht hat seinen Bezirk, in dem es tatsächlich Zwang ausübt; will es diesen in einem anderen Bezirk geübt haben, so hat es das Gericht dieses Bezirks zu ersuchen. Man spricht hier auch von Gerichtshilfe (Rechtshilfe), aber im uneigentlichen Sinne: es soll hier nicht die rechtliche Macht des Gerichts über ihren Kreis erstreckt werden; es soll der rechtlich vollkräftigen Gerichtshandlung die tatsächliche Macht gegeben werden, die sie nötig hat. Daher der Grundsatz, daß *diese* Hilfe stets zu gewähren ist, soweit sie überhaupt gewährt werden kann (§ 159 f. GVG.). Etwaige Meinungsverschiedenheiten entscheidet das Oberlandesgericht.

§ 18. Der Gerichtszwang geht also nicht über das Inland hinaus; soll ein Gerichtszwang außerhalb des Staatsgebietes erzielt werden, so kann dies nur in der Art geschehen, daß zum inländischen Gerichtszwang der ausländische hinzukommt. Das kann dadurch geschehen, daß der eine Staat seinen Gerichtszwang einem anderen zur Verfügung stellt. Ob er dies tut, hängt von den völkerrechtlichen Beziehungen ab. Gerichtszwang in bürgerlichen Sachen, soweit es sich nicht um Zwangsvollstreckung handelt, pflegen die Staaten sich schon geraume Zeit regelmäßig zu leisten; nur daß sie die Personen, welche die Gerichtshilfe zu leisten haben, wie Zeugen und Sachverständige, regelmäßig nicht an den Prozeßort zwingen, sondern bei sich vernehmen und zur Aussage bei sich nötigen; und auch dies nur, wenn nicht Umstände vorliegen, welche sie nach dem Rechte dieses ihres Landes von der Zeugenpflicht befreien. Nunmehr aber ist die Frage durch völkerrechtlichen Vertrag geregelt. Das Haager internationale Abkommen (früher von 1896, 1897, jetzt) von 1905 gibt darüber feste Bestimmungen; es gilt zwischen Deutschland, Österreich-Ungarn, Frankreich, Belgien, Luxemburg, Italien, Spanien, Niederlande, Dänemark, Schweden, Norwegen, Schweiz, Rußland, Rumänien und regelt

1. das Zustellungswesen,
2. bestimmt es über die Gerichtshilfe im Prozeß(namentlich Beweis)verfahren in Artikel 11 folgendes:

„Die Gerichtsbehörde, an die das Ersuchen gerichtet wird, ist verpflichtet, ihm zu entsprechen und dabei dieselben Zwangsmittel anzuwenden, wie bei der Erledigung eines Ersuchens der Behörden des ersuchten Staates oder eines zum gleichen Zwecke gestellten Antrags einer beteiligten Partei. Diese Zwangsmittel brauchen nicht angewendet zu werden, wenn es sich um das persönliche Erscheinen streitender Parteien handelt."

[1] Wenn auf dem Gebiete des Zeugenbeweises, was das Recht der Zeugnisablehnung betrifft, Unterschiede zwischen Zivil- und Strafprozeß herrschen, so sind dies Unterschiede im einzelnen, nicht in den Grundgedanken. Vgl. auch meine Abhandlg. Rhein. Z. VI S. 1 f.

[2] Vgl. darüber meine Abhandlg. in Rhein. Z. VI S. 8 f.

„Die ersuchende Behörde ist auf ihr Verlangen von der Zeit und dem Orte der auf das Ersuchen vorzunehmenden Handlung zu benachrichtigen, damit die beteiligte Partei ihr beizuwohnen in der Lage ist.

Die Erledigung des Ersuchens kann nur abgelehnt werden:

1. wenn die Echtheit der Urkunde nicht feststeht;
2. wenn in dem ersuchten Staate die Erledigung des Ersuchens nicht in das Bereich der Gerichtsgewalt fällt;
3. wenn der Staat, in dessen Gebiete die Erledigung stattfinden soll, sie für geeignet hält, seine Hoheitsrechte oder seine Sicherheit zu gefährden."

Dazu kommen weitere Vereinbarungen, so mit den Niederlanden und Luxemburg, Norwegen (RGBl. 1909 S. 907). Mit gewissen Ländern, so mit Luxemburg und den Niederlanden, besteht unmittelbarer Geschäftsverkehr.

4. Einrichtung der Gerichte.

§ 19. Grundsätze. Die Einrichtung der Gerichte ist aus der geschichtlichen Entwicklung hervorgegangen.

Die Gerichtstätigkeit geht ursprünglich von der Volksversammlung aus oder von demjenigen, der das Recht des Volkes in seiner Person vereinigt, vom Häuptling, später vom König. Mit der Zeit tut eine bestimmte Individualisierung not: die Tätigkeiten des Staates können nicht alle von diesen Organen der Volksgemeinschaft ausgehen, und es bedarf eines Beamtenorganismus, um nach den verschiedenen Richtungen hin die staatlichen Aufgaben zu erfüllen. So entstehen neben der Volksversammlung und neben dem König die Richter. Die Organisation hat sich verschieden entwickelt, je nachdem der eine oder andere Ausgangspunkt überwogen hat; wo das Königsrecht die Grundlage bildete, sind die Gerichte durch königliche Beamte vertreten: sie üben ihr Amt aus kraft der ihnen vom König gegebenen Würde und sie sind auch dem Könige für die Ausübung verantwortlich; wo aber die Volksversammlung die Grundlage war, sind vielfach Volksrichter übriggeblieben, einzelne Männer aus dem Volke an Stelle des Volkes, die um so eher das Ganze vertreten können, als es auch bei der Volksversammlung gewöhnlich nur einige sind, welche den Rechtsspruch vorschlagen, während andere durch Zustimmung sich anschließen. Solche Volksrichter gab es in Rom; es gab solche aber auch insbesondere in Deutschland, und vor allem im fränkischen Reiche. Die Art der Gerichtsorganisation im fränkischen Reiche ist jahrhundertelang für Deutschland maßgebend gewesen, und als das Reich Karls des Großen sich nach Norden und Süden ausdehnte, ist die fränkische Gerichtsverfassung siegreich zur Geltung gekommen; vor allem auch in Italien, welches von da an der Herd der weiteren Entwicklung geworden ist. Die Eigentümlichkeit der fränkischen Gerichtsverfassung aber bestand darin, daß das Urteil rechtlich von Leuten aus dem Volke gesprochen ward. Die Urteilssprecher, wie sie Karl der Große eingeführt hat, und wie sie später durchaus üblich geworden sind, als die Volksversammlung nicht mehr zusammentreten wollte, hießen Schöffen (Scabini).

Die Schöffenverfassung hat in Deutschland mehrere Jahrhunderte geherrscht; wir finden sie zur Zeit des Sachsenspiegels im 13. und zur Zeit des Richtsteigs im 14. Jahrhundert. Wir finden sie noch in Süddeutschland bis in das 18. [1], ja in der Schweiz bis in das 19. Jahrhundert hinein. Wir finden sie in Italien im 12. und 13. Jahrhundert, bis sie allmählich dem fremden Recht erlegen ist.

Der Schöffe war Urteilssprecher; er allein gab das Urteil; der königliche Beamte hatte nur die Rechtssache zu leiten und schließlich das Urteil zu verkünden.

Wo dagegen der Königsgedanke mächtig war, da lag nichts näher, als daß die Streitsache an den König als den höhern und höchsten Richter gezogen wurde. Dies war ein Kulturelement von großer Bedeutung; in Rom hat seinerzeit die Anrufung des Kaisers, in Deutschland die Anrufung des Königs als Königsgericht, in England die Anrufung des Königs, in Frank-

[1] Nachweise in den Beiträgen zur germanischen Privatrechtsgeschichte III, S. 6 f.

reich die Anrufung der Parlamente sehr dazu beigetragen, das Recht aus der Zersplitterung zu erretten und einen größeren Zug in die Rechtsbildung zu bringen. In Deutschland haben leider diese Bestrebungen zu keinem rechten Ziele geführt; daher die bedauerliche Zerfahrenheit des Rechtszustandes.

Die modernen Kulturstaaten haben aus dem Prinzip des Volksgerichts vielfach die Zuziehung von Laien beibehalten. So namentlich England: hier gibt es Geschworene auch in bürgerlichen Streitsachen, Zivilgeschworene. In Italien und in Deutschland ist mit Untergang der Schöffenverfassung das Laienelement zurückgedrängt worden, denn als man das fremde Recht annahm, konnte man seine Kenntnis von den Laien nicht erwarten. Und so waren nun die Gerichte sämtlich königliche oder landesherrliche Gerichte, und so entwickelte sich auch ein geregelter Rechtsmittelgang an ein Obergericht, das demselben oder wenigstens einem verwandten Gerichtsherrn unterstand.

Nur in den Innungen und Kaufmannschaften trat wiederum das Laienelement hervor, aber hier nicht von der Volksversammlung ausgehend, sondern von der Genossenschaft des Berufs oder Standes aus. Bei uns ist heutzutage diese Idee vertreten in den Handelsgerichten; auch in den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten und einigen anderen Sondergerichten, z. B. in den Gemeindegerichten, wie sie in Baden und Württemberg bestehen.

Die Handelsgerichte aber sind in Italien entstanden [1], haben sich in Frankreich entwickelt [2] und sind in Deutschland heimisch geworden [3]. Es waren ursprünglich Gerichte, die nur aus Kaufleuten bestanden. An manchen Orten hat man sie so gestaltet, daß ein Jurist als Vorsitzender und daneben zwei Handelsrichter tätig sind, und dieses Prinzip befolgt auch die deutsche Gerichtsverfassung.

Abgesehen von solchen Ausnahmen, sind die Gerichte (in monarchischen Staaten) aus der königlichen Gewalt hervorgegangene Gerichte; es sind Beamten-, keine Laiengerichte. Aber in einem Punkt ist man auf den früheren demokratischen Standpunkt zurückgekehrt. Während nämlich der frühere Gedanke dahin zielte, den König als höchsten Richter walten zu lassen, so daß die einzelnen Richter nur gleichsam die rechte Hand des Königs waren, ist seit dem 18. Jahrhundert der Grundsatz aufgekommen, daß der König selber nicht Recht sprechen dürfe; es ist ein Grundsatz, der in der englischen Entwicklung wurzelt und der Selbständigkeit entspricht, die in England das Richtertum dem Könige gegenüber einnahm. Aus dem englischen Rechte und aus der Darstellung Lockes (Two treatises of government II ch. 12 § 143 ff.) hat Montesquieu (Esprit des lois XI 6) die Theorie von den drei Gewalten geschaffen, die darin gipfelt, daß die drei Gewalten nicht in einer Hand verbunden sein sollen, und daraus entsprang der Satz, daß weder der König Recht sprechen dürfe noch auch solche Personen, die von dem König abhängig sind und den Weisungen der Regierung zu folgen haben [4]. Dieser Grundsatz ist fast überall durchgedrungen, und so auch bei uns. Es gibt keine Kabinettsjustiz; die Richter, obgleich vom König ernannt, sind nicht Vertreter des Königs, sondern selbständige Organe des

---

[1] Zuerst als Gildengerichte, namentlich in Florenz; so bereits in dem statutum campsorum v. 1299. Dann taten sich die fünf ersten Gilden zu einer Gemeinschaft, der mercanzia, zusammen, deren Gerichte durch die generalis balia v. 1308 einen staatlichen Charakter bekamen; Lastig, Entwicklungswege des Handelsrechts S. 258 f., 403 f. Über Handelsgerichte in der Lombardei vgl. Novocomi a. 385 (Mon. hist. patr. XVI p. 232), über Zunftgerichte in Rom, Statuten 1363 I 127.

[2] Zuerst als Marktgerichte; über ihre Geschichte vgl. Huvelin, Essai histor. des marchés et foires p. 393 f.; als ständige Einrichtungen eingeführt durch Gesetz Karls IX. vom November 1563; aufrechterhalten durch die Prozeßordnung vom April 1667, Titel XVI und durch die Handelsordnung vom März 1673 Titel XII, sodann vom code de commerce a. 615 f. Über die einzelnen Städte vgl. Huvelin p. 411.

[3] Vgl. namentlich die gute Schrift von Silberschmidt, Entstehung des deutschen Handelsgerichts (1894), vor allem bezüglich Nürnbergs S. 33 f. Das älteste Nürnberger Handelsgericht ist von 1622 (Silberschmidt in der Rhein. Z. III S. 162). Über die Handelsgerichte (Wettgerichte) in Königsberg vgl. Frommer, Anfänge und Entwicklung der Handelsgerichte in der Stadt Königsberg (1891).

[4] Schon Locke a. a. O. spricht davon, daß es may be to great a temptation to human frailty, apt at grasp a power, for the same persons, who have the power of making laws, to have also in their hands the power to execute them ....

Staates, die darum auch möglicherweise über königliche Angelegenheiten richten können. Dies ist der Grundsatz der Unabhängigkeit der Rechtspflege, den man deswegen für nötig fand, weil die Rechtspflege nicht beeinflußt werden darf durch die oft wechselnden Bestrebungen der Verwaltung und Politik, und weil das Recht auch der Politik gegenüber standhalten muß; denn Recht muß Recht bleiben.

Es ist darum ein unrichtiger Brauch, wenn bei uns die Urteile im Namen des Königs lauten. Sie sollten lauten: Im Namen des Staates [1].

§ 20. Organisation im einzelnen. Im übrigen beruht die Organisation der Gerichte teils auf dem Einzelrichtersystem, teils auf dem System der Richtermehrheit oder Kollegialität. Das erste System war im römischen Rechte das regelmäßige: meist entschied nur der eine Mann, wenn auch nach Anhörung eines Rates, der ihm seine Ansicht vorzutragen hatte. Er konnte also einen Teil der Intelligenz vom Rat annehmen; er allein aber hatte den Willen, ihm kam die Entscheidung und die Verantwortung zu. Doch gab es auch schon im Altertum Ausnahmen.

Im übrigen hat sich das Mehrheitssystem hauptsächlich in Italien entwickelt, indem man die Schöffenverfassung dahin umgestaltete, daß der Vorsitzende wie ein Schöffe mitstimmte, und auf diese Weise gestaltete es sich auch im königlichen oder städtischen Rat und gestaltete es sich in den höheren Gerichten Deutschlands.

So ist das Mehrheitssystem auch das System Frankreichs geworden, während das nicht durch Italien beeinflußte England nur bei Gerichten höherer Instanz eine Mehrheit wirken läßt, während in der ersten Instanz, auch in größeren Sachen, nur ein Richter urteilt, dem allerdings die Sachen vielfach von den sogenannten masters vorbereitet werden.

Wir haben in allen bedeutenderen Sachen das Mehrheitssystem. Es besteht darin, daß mehrere Richter entscheiden, und zwar nach Mehrheitsabstimmung, während einer von ihnen, der Vorsitzende, zugleich die Rechtssache zu leiten und insbesondere den Prozeß von einem Stadium zum anderen weiterzuschieben hat. Dabei gilt folgendes: Jedes Mehrheitsgericht bildet eine Behörde, welche aus verschiedenen Abteilungen zu bestehen pflegt. Die Behörde ist zwar keine juristische Person, sie ist ein Organ des Staates, aber ein Organ mit einer gewissen Selbständigkeit und einem ihm zugewidmeten Vermögen. Diese Behörde besteht regelrecht aus mehreren Abteilungen, unter die die Geschäfte verteilt sind, und zwar in der Art, daß eine Anzahl Mitglieder aus der Abteilung jeweils das fungierende Gericht bilden. Man unterscheidet also: Behörde, Abteilung, fungierendes Gericht. Natürlich besteht dabei die Behörde, auch die Abteilung, aus mehr Mitgliedern als das fungierende Gericht; die Abteilung deshalb, weil für den Fall der Verhinderung eines Mitglieds doch das fungierende Gericht vollzählig sein muß; und eine Mehrheit von Abteilungen ist gegeben, da eine Abteilung der Geschäfte nicht Herr würde; auf solche Weise zerfällt das Mehrheitsgericht in sogenannte Kammern (bei Oberlandesgerichten und Reichsgericht Senate genannt).

Das Verhältnis der Abteilungen tritt regelrecht nach außen nicht hervor; in welcher der Kammern die Sache verhandelt wird, geht die Parteien nichts an (mit einer alsbald, S. 278, zu erwähnenden Ausnahme); die Kammern entscheiden nicht als Kammern, sie entscheiden als Organe des Gerichts, oder vielmehr durch sie entscheidet das Gericht als Gerichtsbehörde, und dieses entscheidet nicht minder, wenn auch eine andere Kammer entschieden hat, als regelrecht hätte entscheiden sollen (vgl. RGStraff. Bd. 23 S. 235, Bd. 28 S. 215).

Aber nicht nur die Kammern oder Senate sind für die Gerichtsbehörde tätig, sondern auch der Vorsitzende und der beauftragte Richter; letzterer ist ein Gerichtsmitglied, das vom Mehrheitsgericht aufgestellt wird, um eine einzelne Prozeßhandlung vorzunehmen, z. B. eine Zeugenvernehmung, einen Augenschein oder das Verhör der Parteien im Rechnungsverfahren, wobei Posten und Gegenposten zu prüfen sind. Die Tätigkeit eines beauftragten Richters ist gleich der Tätigkeit des Gerichts, aber nur innerhalb seiner Schranken. Überschritte er diese

[1] Die Selbständigkeit der Gerichte schließt natürlich ein formelles Aufsichtsrecht über den ordnungsmäßigen Geschäftsgang nicht aus; die richtige Grenze zu finden ist Sache verständnisvollen (von aller Bureaukratie entfernten) Taktes; vgl. Dörr, Rhein. Z. III S. 425.

Schranken, ginge er gar so weit, das Urteil zu fällen, so wäre ein solches Handeln nicht ein Handeln des Gerichts, und daher nichtig. Übrigens besteht ein gewisser Unterschied zwischen der Tätigkeit des beauftragten Richters (der unter der Kontrolle des Gerichts steht) und der Tätigkeit des Vorsitzenden, welcher Unterschied in §§ 571, 576 zutage tritt.

Zu den Organen des Gerichts gehört der Gerichtsschreiber, welcher zunächst als Protokollführer gedacht ist: er hat das Sitzungsprotokoll zu führen und es (nebst dem Vorsitzenden) zu unterzeichnen (§ 163 ZPO.). Als solcher stammt er aus dem germanisch-kanonischen Prozeß. Schon von alters her verwandte man in Italien Notare zur Errichtung einer notitia über die Gerichtsverhandlungen. Durch die berühmte Dekretale Quoniam, das c. 11 X de prob. (2, 19), hat Innocenz III. die Mitwirkung des Gerichtsschreibers zur Notwendigkeit gemacht.

Außerdem hat der Gerichtsschreiber auch bei der Zustellung und bei der Vollstreckung mitzuwirken (§§ 166, 168, 196, 204, 207, 753 ZPO.).

Auch er kann unter Umständen für das Gericht handeln. So hat er die Zeugen und Sachverständigen zu laden (§§ 377, 402); er kann eine Reihe von Rechtshandlungen der Partei entgegennehmen, so namentlich eine Ablehnung des Richters (§ 44), das Gesuch um Armenrecht (§ 118), um Beweissicherung (§ 486), um Aussetzung des Verfahrens (§ 248), das Gesuch um Arrestlegung (§ 920), unter Umständen die Beschwerde (§ 569), das Erbieten zur nachträglichen Eidesleistung (§ 466), den Antrag auf Rückgabe der Sicherheit (§§ 109, 715), den Entmündigungsantrag (§ 647), den Aufgebotsantrag (§ 947 ZPO.). Noch weiter reicht seine Tätigkeit im amtsgerichtlichen Verfahren, wo er insbesondere auch die Klage in der Art entgegennimmt, daß er ihr die entsprechende Fassung gibt, so daß sie zur Zustellung geeignet wird (§§ 496 bis 498 ZPO.), wo er aber auch noch in sonstiger Weise tätig ist, vgl. § 508 ZPO.; und so auch beim Gewerbe- und Kaufmannsgericht, wo die Zustellungen durch den Gerichtsschreiber zu veranlassen sind (§§ 32, 33 GGG. und § 16 KGG.). Neuerdings sind mit Recht den Gerichtsschreibern zur Entlastung des Gerichts noch weitere Funktionen zugewiesen worden, so die Kostenfestsetzung (§ 104), der Vollstreckungsbefehl (§ 699 ZPO). Auch die Tätigkeit des Gerichtsschreibers ist eine Tätigkeit des Gerichts, aber nur dann, wenn er sich innerhalb seiner Schranken hält; sonst wäre sie keine Gerichtstätigkeit und damit nichtig. Als Tätigkeit des Gerichts unterliegt sie den gesetzlichen Bestimmungen: die Partei ist nicht in der Lage, ein anderes Verfahren vorzuschreiben (RG. 46 S. 323); sie unterliegt der gerichtlichen Kontrolle (§ 576 ZPO.).

5. Arten der ordentlichen Gerichte.

§ 21. Die regelrechten Gerichte (erster Instanz) sind die Landgerichte, die durch ihre Zivilkammern die bürgerlichen Rechtssachen erledigen. Die Zivilkammer als fungierendes Gericht hat drei Richter, mit Einschluß des Vorsitzenden. Die Geschäfte werden für das ganze Jahr nach bestimmten Gesichtspunkten verteilt. Es ist nicht etwa gestattet, beliebig Sachen von der einen Kammer auf die andere Kammer überzuschieben. Der Grund ist der: man fürchtet eine Beeinflussung der Gerichte, da sonst die Möglichkeit gegeben wäre, die Kammern so zu bilden, daß gerade Richter einer bestimmten Lebensanschauung und einer bestimmten politischen Richtung tätig wären. Die Gerichtstätigkeit des Landgerichts durch seine Zivilkammern ist daher eine objektiv abgeteilte — allerdings nur im obigen Sinne (S. 277; vgl. GVG. § 62 f.).

In dieses System nun hat man die Kammern für Handelssachen eingefügt. Man wollte nämlich keine selbständigen Handelsgerichte mehr haben, um die vielen überflüssigen Streitigkeiten, ob eine Sache an das Handelsgericht oder an das bürgerliche Gericht gehöre, zu vermeiden. Allerdings ist diese Kammer als fungierendes Gericht anders zusammengesetzt als die Zivilkammern, nämlich mit einem Mitglied des Landgerichts und zwei kaufmännischen Beisitzern. Aber trotzdem handelt sie als Organ des Landgerichts und für das Landgericht, und wenn eine Zivilkammer die Streitsache als handelsgerichtlich erklärt und umgekehrt, so wird sie einfach an die betreffende Kammer verwiesen, und es hat dabei sein Bewenden. Etwas Besonderes ist es, daß bei dieser Verweisung die Parteien eine Rolle spielen: der Kläger hat zu beantragen, daß die Sache an die Kammer für Handelssachen kommt; der Beklagte kann die Verweisung an die Zivilkammer begehren, wenn die Sache nicht der Kammer für Handelssachen angehört, ebenso umgekehrt, wenn eine an diese Kammer gehörige Sache an die Zivil-

kammer gebracht ist; außerdem kann die Kammer für Handelssachen von sich aus eine Sache an die Zivilkammer verweisen, nicht aber umgekehrt (§ 103 f. GVG.).

Die höheren Instanzgerichte sind sämtlich Kollegialgerichte mit Senaten als Abteilungen, wovon die Oberlandesgerichte als fungierende Gerichte mit fünf Richtern und das Reichsgericht als fungierendes Gericht mit sieben Richtern entscheidet [1].

Möglich ist es, daß das fungierende Gericht ausnahmsweise aus sämtlichen Mitgliedern aller oder einzelner Abteilungen der Gerichtsbehörde besteht. Dies trifft zu, wenn die „vereinigten Zivilsenate" oder das „Plenum" des Reichsgerichts entscheidet, was in dem Falle stattfindet, wenn ein Zivilsenat vom anderen, oder (das Plenum) wenn ein Zivilsenat von einem Strafsenat in der Entscheidung abweichen will. Das fungierende Gericht wird hier dadurch gebildet, daß sämtliche Mitglieder der Zivilsenate oder des ganzen Reichsgerichts oder mindestens so viele tätig sind, daß die anwesenden Personen zwei Drittel dieser Mitglieder ausmachen (§ 137 f. GVG.). So auch bei dem Obersten Landesgericht in Bayern, § 10 E.G. zur G.V.G.

Einzelrichter sind die Amtsrichter. Auch hier ist zu unterscheiden zwischen Amtsgericht und dem einzelnen Amtsrichter als fungierendem Richter; und auch hier sollen nach dem Geiste des Gesetzes die Streitsachen nach einer bestimmten Ordnung verteilt werden, wofür aber die Landesgesetze Bestimmung geben [2]. Übrigens haben die Amtsrichter noch ganz andere Tätigkeiten, insbesondere Tätigkeiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit; aber auch hier ist die Abteilung nur ein Analogon der Kammerabteilungen: es ist nicht so, als ob im Amtsgericht mehrere Behörden vereinigt wären [3]. Der Amtsrichter entscheidet in den bürgerlichen Sachen allein, er kann auch keinen Schöffen zuziehen; der Amtsrichter als Amtsrichter ist fungierender Richter.

In einer Gemeinde sollte nur ein Landgericht und nur ein Amtsgericht sein, denn das Reichsrecht kennt Zuständigkeit nach Gemeinden, nicht nach Gemeindeabteilungen. Doch hat sich darüber ein ständiges Gewohnheitsrecht hinweggesetzt. Wenn daher, wie in der Gemeinde Berlin, mehrere solcher Gerichte bestehen, so tritt an Stelle der Gemeinde der Gerichtssprengel, vgl. Preuß. Gesetz v. 10. April 1892; wie dies jetzt in ähnlicher Weise die ungarische ZPO. § 48 bestimmt.

Im Gegensatz zu dem Amtsgericht entscheiden von den Sondergerichten die Gewerbegerichte und Kaufmannsgerichte wieder als Mehrheitsgerichte, und zwar ein Vorsitzender mit Laienbeisitzern, welche teils den Arbeitgebern, teils den Arbeitnehmern entnommen sein müssen (§ 24 GGG., §§ 9 und 12 KGG.).

Für den Richter ist die Richtertätigkeit Recht und Pflicht. Ausnahmsweise kann ein Richter berechtigt und verpflichtet sein, die Richtertätigkeit zu verweigern.

Verpflichtet hierzu ist er, wenn er „ausgeschlossen" ist, d. h. wenn eine Unverträglichkeit zwischen seiner Person und der bestimmten Rechtssache vorliegt, insbesondere wenn er selbst Partei ist oder in einer dem Richteramt widerstrebenden Tätigkeit (z. B. als Vertreter einer Partei oder als Zeuge) in der Sache gewirkt hat.

Anders geartet sind die Fälle der Befangenheit, wenn Beweggründe vorliegen, die trübend einwirken können oder auch nur nach außenhin den Schein verbreiten, als ob solches der Fall wäre, z. B. Freundschaft, Feindschaft. Hier kann der Richter sich selbst ablehnen; er kann auch von der einen oder anderen Partei abgelehnt werden und muß, wenn die Ablehnung als begründet erkannt wird, sich der Richtertätigkeit enthalten (§§ 41 ff. ZPO.).

6. Gerichtsstandsordnung.

§ 22. Wenn der Staat mehrere gleichartige Gerichte aufstellt, so kann er eine Ordnung in der Art schaffen, daß für die eine Sache das eine, für die andere das andere Gericht tätig sein soll. Möglich ist allerdings auch das entgegengesetzte System, daß, wer die Gerichte anruft,

---

[1] Diese Besetzung mit 5 und 7 Richtern ist ein unglaublicher Luxus; mehr als 3 Richter sollte kein Gerichtssenat haben.

[2] Vgl. z. B. Preuß. Ausführungsgesetz zum GVG. § 23.

[3] Wie z. B. bei dem Patentamt der Fall ist, das eine Anstalt mit mehreren Behörden bildet, Handb. des Patentrechts S. 677 f. Daraus geht hervor: was bei einer Abteilung des Amtsgerichts gerichtskundig ist, ist beim ganzen Amtsgericht gerichtskundig; eine Beschwerde der einen Abteilung

die freie Wahl zwischen allen Gerichten des Landes haben solle. Dieses System hätte aber, wenigstens in größeren örtlichen Staatsgebieten, wesentliche Nachteile; nicht etwa bloß, weil die Gerichte bald überlastet, bald ganz arbeitslos wären, sondern es widerspräche namentlich den Interessen des Beklagten: denn es ist nicht jedermanns Sache, vor allen Gerichten des ganzen Landes Rede zu stehen; hier aber müßte er entweder überall erscheinen oder an den verschiedensten Orten Vertreter aufstellen, was mit Schwierigkeiten, Umständlichkeiten und Kosten verknüpft wäre. Darum herrscht eine Ordnung, die man die Gerichtsstandsordnung oder Kompetenzordnung nennt. Außerdem können noch sachliche Interessen in Betracht kommen; so ist es bei dinglichen Rechtsstreitigkeiten und bei Familienprozessen ein Interesse öffentlicher Ordnung, daß sie nicht an ein beliebiges Gericht, insbesondere nicht an ein ausländisches Gericht, gebracht werden. Die Gerichtsstandsordnung ist eine Verteilung der Geschäfte, aber, im Gegensatz zur Verteilung unter eine Mehrheit von Kammern, ist es eine Ordnung, welche die Rechte des Beklagten berührt; der Beklagte hat die prozessuale Befugnis, ein unzuständiges Gericht abzulehnen; aber auch das Gericht hat die Pflicht, dafür zu sorgen, daß dem Beklagten kein Unrecht geschieht: darum hat das unzuständige Gericht von sich aus die Sache abzulehnen, solange es unzuständig ist. Ein Walten des unzuständigen Gerichts rührt an das Persönlichkeitsrecht.

Die Ordnung wird sich nach der Richtung gestalten müssen, daß die Sache an diejenigen Gerichte kommt, welche entweder mit dem Beklagten in näherem Zusammenhange stehen, oder welche mit der Streitsache selber in einer solchen Weise verbunden sind, daß man dem Beklagten zumuten kann, hier zu erscheinen. Der erste Gesichtspunkt ist der durchschlagendste; man pflegt ihn mit dem Rechtssprichwort zu bezeichnen: actor sequitur forum rei; nicht der Beklagte hat dem Kläger zu folgen, sondern der Kläger hat den Beklagten aufzusuchen[1]. Daher gilt als die Norm: der Beklagte ist an dem Orte zu belangen, mit dem er kraft seiner Verhältnisse am meisten verknüpft ist. Früher war dies die Ortsangehörigkeit, auch schon der Besitz von Grundeigentum; heutzutage vor allem der Wohnsitz; bei Gesellschaften, Vereinen, juristischen Personen der Sitz (§§ 7, 24, 80 BGB.)[2]. Der Beklagte kann sich nicht beschweren, wenn man ihn da vor das Gericht zieht, wo er den Mittelpunkt seiner wirtschaftlichen Tätigkeit hat. Neben dem Wohnsitz kann unter Umständen, aber nur seltener, der Aufenthalt oder der frühere Wohnsitz in Betracht kommen, regelmäßig nur bei einem, der gar keinen Wohnsitz hat, weder im In- noch im Ausland. Handelt es sich um einen, der im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz hat, hier aber Vermögen besitzt, so kann in Vermögenssachen das Gericht des Vermögensbesitzes angerufen werden. Dies hat sich wie folgt entwickelt: Wenn der Ausländer Vermögen besaß, pflegte man es im Prozeß mit Arrest zu belegen, und wenn er widersprach, so mußte hier der Arrest „gerechtfertigt" und dabei geprüft werden, ob ein Anspruch gegen ihn bestehe oder nicht. Aus diesem Gedanken bildete sich der sogenannte Gerichtsstand des Vermögensbesitzes: er war früher eine Folge des gegen den Beklagten erwirkten Arrestes; heutzutage besteht er auch ohne solchen und geht weiter über die Arrestsicherung hinaus in infinitum.

In diesem Sinne läßt er sich nicht halten; es ist gegen alle internationale Übung, daß man einen Fremden wegen eines stehengebliebenen Regenschirmes an dem Orte, wo er sich momentan aufhielt, auf Millionen belangen kann; gerechtfertigt ist der Gerichtsstand nur in der Sphäre des Arrestes. Allerdings schon heute muß man sagen, daß mit dem Gerichtsstand kein Mißbrauch getrieben werden darf, und Mißbrauch ist es, den Fremden zu schikanieren mit den Gebrauchsgegenständen, die er als Fremder bei sich hat, oder ihn zu verklagen, etwa weil am Orte des Gerichts sein Handelsbuch liegt[3]. Ein vollstes Unding ist es, den Gerichtsstand wegen solcher Dinge eintreten zu lassen, die niemals Gegenstand der Vollstreckung sein können[4].

---

gegen die andere, z. B. der richterlichen Abteilung gegen die Grundbuchabteilung, gibt es nicht (es ist Sache der Beteiligten, nötigenfalls Beschwerde zu erheben; vgl. Dronke, Z. f. Zivilprozeß XXVII S. 353 f.).

[1] Eine Ausnahme davon enthält § 371 Abs. 4 HGB.; eine Besonderheit enthält § 27 GewGG. und § 16 KaufGG.

[2] Bezüglich des Reeders und Schiffseigners kommt § 488 HGB. und § 6 Binnenschiff-Ges. in Betracht.

[3] RGEntsch. 51 S. 163.

[4] So wegen des unpfändbaren Anteils einer fortgesetzten Gütergemeinschaft, RG. 10. 3. 1911 Entsch. 75 S. 414. So hat man auch eine Forderung zugelassen, obgleich sie mit einer Aufrechnungs-

Die englischen Richter lehnen die schikanöse Benutzung der Gerichtsstände mit Recht ab; sie haben damit einen richtigeren Takt bewiesen als die deutschen [1]. Auch wir müssen in solchem Falle den Gebrauch des Gerichtsstandes mit der exceptio doli zurückweisen [2].

Besondere Schwierigkeiten fand dieser Gerichtsstand bei Immaterialgüterrechten, die in irgendeiner Weise lokalisiert werden müssen. Wir haben eine besondere Bestimmung darüber im Patentrecht: dieses ist da lokalisiert, wo der Vertreter des auswärtigen Patentinhabers wohnt, nötigenfalls in Berlin, wo das Patent erteilt wurde (§ 12 Patentgef.) [3].

Andere Gerichtsstände ergeben sich daraus, daß man eine Verknüpfung zwischen der Örtlichkeit und der Streitsache annimmt. Wenn der Beklagte die Streitsache decken will, so findet man es gerechtfertigt, daß er bei dem Gericht auftreten soll, wo die Streitsache sich befindet. Der Hauptfall ist der, welcher durch den Ausdruck forum rei sitae, Sitz der gelegenen Sache, bezeichnet wird: handelt es sich insbesondere um Grundstücke, um das Eigentum und dingliche Rechte daran [4], namentlich um Hypotheken, so ist es gerechtfertigt, daß die Streitigkeiten da ausgetragen werden, wo das Grundstück liegt. Hierfür spricht noch ein sehr wichtiger internationaler Grund. Es ist nicht wünschenswert, daß über das Eigentum am Grund und Boden des Inlandes fremde Gerichte entscheiden. Diese Rücksichten haben im deutschen Rechte zu dem Satze geführt, einen solchen Gerichtsstand als ausschließlich zu bezeichnen, d. h. zu erklären, daß hier keine Zuständigkeitsvereinbarung möglich und daß in solchem Fall auch der Gerichtsstand des Wohnsitzes ausgeschlossen ist [5].

Andere derartige Gerichtsstände sind nicht ausschließlich, sondern wahlweise gegeben. Dahin gehört vor allem der berühmte Gerichtsstand des Erfüllungsortes. Man nimmt an, daß, wo eine Verbindlichkeit zu erfüllen ist, sie auch eingeklagt werden kann. Dies hat die größten Bedenken. Der Erfüllungsort einer eingeklagten Schuld ist allein abhängig von den Angaben der Klage und daher völlig in das Belieben des Klägers gestellt, der die freie Möglichkeit hat, der Klage einen willkürlichen Inhalt zu geben. Solche Gerichtsstände aber sind ein Fehler, denn sie stehen im Widerspruch mit den Grundgedanken der Gerichtsordnung, welche den Beklagten der Willkür des Klägers entziehen will. Nichtsdestoweniger hat die ZPO. diesen Gerichtsstand angenommen und ihn trotz meiner wissenschaftlich geäußerten Bedenken neuerdings beibehalten (auch GewGG. § 27), während z. B. die österreichische Prozeßordnung (Jurisdiktionsnorm) mit Recht von einem so allgemeinen Gerichtsstand zurückgeschreckt ist: sie gewährt ihn nur dann, wenn der Erfüllungsort schriftlich vereinbart ist, oder unter Handeltreibenden, wenn eine darauf lautende, mit der Ware geschickte Faktura unbeanstandet angenommen wurde (§ 88 JurisdNorm.). Und nach der neuen Ungarischen ZPO. § 29 kann an diesem Orte nur geklagt werden, wenn hierüber ein schriftlicher Vertrag besteht, oder wenn dem Beklagten am Sitze des Gerichts die Ladung zugestellt werden kann. Letzteres war die Bestimmung des gemeinen Prozesses gewesen: dieses hatte hiermit sehr gesunde Grundsätze aufgestellt, die wir leider verlassen haben.

---

forderung belastet ist und nachträglich von dieser Aufrechnung Gebrauch gemacht wird, RG. 7. 6. 1904 Entsch. 58 S. 258.

[1] Vgl. die englische Entscheidung Logan v. Banks of Scotland in Z. f. Völkerrecht I S. 457.

[2] Man hat sogar folgenden Trick ausgesonnen: A. klagt gegen B., der kein inländisches Vermögen hat, wird abgewiesen und in die Kosten verurteilt. Jetzt hat B. einen inländischen Kostenanspruch und damit inländisches Vermögen erlangt. Und jetzt beklagt man ihn am Orte dieser Kostenforderung (dem Wohnsitz des Kostenpflichtigen)! Natürlich ist in solchen Fällen eine exceptio doli gegeben, selbst dann, wenn der Trick gar nicht in dieser Absicht gespielt wird; denn schon das ist eine Arglist, eine solche Lage zur Benachteiligung des wehrlosen Ausländers zu benutzen. Daß das RG. in solchem Falle die Zuständigkeit passieren ließ, muß wundernehmen. Noch mehr muß die Argumentation des RG. 21. 5. 1886 Entsch. XVI S. 393 befremden, worin mit dürren Worten gesagt ist: „der für das Privatrecht geltende Grundsatz, daß niemand durch arglistiges Verhalten Rechte erwerben könne, kann nicht angerufen werden, um die Klageerhebung in einem Gerichtsstande auszuschließen, dessen durch das Prozeßrecht geregelte Voraussetzungen gegeben sind". Diese Argumentation wird erklärlich, wenn wir das Datum 1886 betrachten, denn die Zeit 1884—1892 war die Zeit, in welcher sich das RG., was die exceptio doli betrifft, in vollkommenem Irrgange befand.

[3] Handbuch des Patentrechts S. 63 f., Lehrbuch des Patentrechts S. 17.

[4] Auch um Realgewerberechte, RG. 29. Nov. 1899 Entsch. 45 S. 385.

[5] Es gibt aber auch Fälle, wo der dingliche Gerichtsstand nicht ausschließlich ist, § 26 ZPO., aber auch § 15 Z. 2 EG. dazu.

Neben diesem Erfüllungsgerichtsstand gibt es noch einige Nebengerichtsstände, die auf dem Gedanken beruhen, daß für gewisse Streitigkeiten regelrecht ein bestimmter Ort Erfüllungsort sein wird. So z. B. wenn jemand eine Geschäftsniederlassung hat und es sich um Angelegenheiten dieser Niederlassung handelt; und ähnlich ist es bei Marktstreitigkeiten, doch ist der Marktgerichtsstand an bestimmte Erfordernisse geknüpft (§ 30 ZPO.).

Auch einen Gerichtsstand der unerlaubten Tat kennt unsere ZPO., was einige Begründung hat; denn da, wo gegen das Gesetz verstoßen ist, soll auch die Gegenwirkung eintreten können. Doch auch hier tritt der obige Zwiespalt ein; ist der Gerichtsstand gegeben, wenn der Kläger eine unerlaubte Tat behauptet, oder nur dann, wenn eine solche vorliegt? Letzterenfalls muß das Gericht, um über den Gerichtsstand zu entscheiden, die Sache selbst entscheiden [1]!

Wichtig ist ferner der Gerichtsstand der Erben: wo nämlich der Erblasser zur Zeit seines Todes seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte, sollen die Erbschaftsstreitigkeiten und ebenso auch die damit verbundenen Abwicklungsstreitigkeiten erledigt werden können. Dieser Gerichtsstand ist von großer internationaler Bedeutung, denn er ermöglicht es, in Erbschaftsangelegenheiten bei dem Erbschaftsgericht eine Entscheidung zu erwirken, obgleich die Erbschaft vielleicht großenteils aus Grundstücken besteht, die in anderen Gebieten, vielleicht in einem ganz anderen Lande, gelegen sind. Auf diese Weise kann dem oben angeführten Satze, wonach ein fremder Staat nicht über Grund und Boden entscheiden soll, zuwider gehandelt werden, was aber nicht zu vermeiden ist, wenn man nicht die Einheit der Erbschaft aufgeben, wenn man sie nicht in der Weise des englischen Rechts in so viel Parzellen, als es Länder sind, in denen Erbschaftsgrundstücke liegen, auflösen will. (Wichtig darum a. 28 BGB.)

Soweit nicht ein Gerichtsstand ausschließlich ist, hat der Kläger die Wahl zwischen den mehreren ihm zur Verfügung gestellten Gerichtsständen, also insbesondere zwischen dem Wohnsitzgerichtsstand und den besonderen Gerichtsständen. Dies ist eine gewisse Ausgleichung dafür, daß regelrecht der Kläger den Beklagten aufsuchen muß und nicht verlangen kann, daß dieser an ihn herantritt. Man gibt daher dem Kläger die Möglichkeit, an Stelle des ihm vielleicht sehr unbequemen Wohnsitzgerichtsstandes des Beklagten den besonderen Gerichtsstand zu wählen [2].

In gewissen Fällen zieht die Zuständigkeit der einen Sache die der anderen nach sich: Vereinigungsgerichtsstände (§§ 25, 33, 603 ZPO.), deren wichtigster der dingliche Gerichtsstand der Hypothekenklage ist: er kann auf die Schuldklage erstreckt werden, so daß über Hypothek und Schuld von gleichem Gericht entschieden wird.

Ausschließlich sind (außer dem dinglichen Gerichtsstand) regelmäßig die Gerichtsstände des Familienprozesses; meist ist es der Gerichtsstand des für die Familie maßgebenden ehelichen Wohnsitzes, auch des früheren Wohnsitzes (§§ 606, 642, 648, 665 ZPO.).

In Notfällen wird ein zuständiges Gericht vom Obergericht auf Antrag bestimmt (§ 36 f. ZPO.), vgl aber auch Novelle vom 22. Mai 1910 a. V, wonach für Preußen ein OLG. statt des RG diese Bestimmung treffen kann.

Die Gerichtsstandsordnung ist eine im Interesse des Beklagten, auch im Interesse des Gerichts und der Sache selbst gegebene Ordnung; sie rührt aber nicht so sehr an den Grundfesten des Prozesses, daß eine Verletzung dieser Ordnung Nichtigkeit herbeiführte [3]; das träfe nur zu, wenn das unzuständige Gericht auch der Gerichtsbarkeit entbehrte, was aber nicht der Fall ist: das ordentliche Gericht hat Gerichtsbarkeit in allen möglichen Sachen, und die Gerichtsstandsordnung ist nur eine Pflichten-, nicht eine Beschränkungsordnung, eine Ordnung, welche besagt, daß man von der Gerichtsbarkeit und dem Rechte der Justiz in bestimmt geregelter Weise Gebrauch machen solle.

Die Gerichtsstandsordnung ist vornehmlich im Interesse des Beklagten gegeben; daher ist es nicht ausgeschlossen, sie durch Vertrag zu regeln; man spricht hier von Zuständigkeits-

[1] Diese letztere, offenbar unrichtige, Auffassung hat das RG. 21. 3. 1912, Warn. 1912 Nr. 275, vertreten.

[2] Es gibt übrigens Ausnahmefälle; so ist nach § 24 des Gesetzes über unlauteren Wettbewerb (1909) der Gewerbegerichtsstand, nach § 272, 309 HGB., nach §§ 51, 96 Genoss.Ges., § 75 Ges. über Gesellsch. m. beschr. Haftung der Gerichtsstand des Sitzes der Gesellschaft, nach § 47 Börsen-Ges. der Gerichtsstand der unerlaubten Tat ausschließlich.

[3] So auch ausländische Rechte, z. B. Kassat.-Hof Rom (Plenarentscheidung) 27. April 1886 Monitore delle leggi 1886 p. 302.

abrede oder Prorogation: solche ist ein prozeßrechtlicher Vertrag; er ist prozeßrechtlich, wenn er auch mit einem zivilrechtlichen Vertrag verbunden wird. Übrigens ist, da das Interesse des Beklagten nicht das einzige ist, eine solche Vereinbarung nicht immer statthaft; sie ist namentlich ausgeschlossen, wenn ein ausschließlicher Gerichtsstand besteht, und stets in Familienprozessen (§ 40 ZPO.).

7. Sachliche Zuständigkeitsordnung.

§ 23. Es gibt zweierlei Arten ordentlicher Gerichte erster Instanz: die Landgerichte und die Amtsgerichte. Auch hier besteht eine Ordnung: es ist dem Kläger nicht ins Belieben gestellt, den Beklagten vor das eine oder andere Gericht zu rufen, und auch hier können neben den Interessen des Beklagten auch Interessen öffentlicher Natur walten; meist wiegen die ersten vor: dann ist eine Zuständigkeitsvereinbarung möglich.

Der Hauptgedanke der Verteilung ist: die wichtigen Sachen an die stärker besetzten Landgerichte zu bringen; daher gilt zunächst die Ordnung: Familienrechtsstreitigkeiten und Vermögensstreitigkeiten über 600 Mark (Streitsumme) kommen an das Landgericht, andere Sachen an das Amtsgericht (§§ 23 u. 70 GV.)[1].

Nun gibt es aber gewisse Streitsachen, die, teils wegen der wünschenswerten Beschleunigung, teils im Interesse einer versöhnlichen Beilegung, ohne Rücksicht auf die Summe an das Amtsgericht kommen, so Räumungsklagen, Streitigkeiten zwischen Reisenden und Wirten, zwischen Gesinde und Herrschaft, Klagen über Viehmängel, über Wildschaden und über die Folgen der außerehelichen Begattung[2]; und bestimmte Prozeßarten, wie das Mahnverfahren, das Untersuchungsverfahren (S. 350), gehören stets an das Amtsgericht.

Umgekehrt sind gewisse Streitsachen ohne Rücksicht auf die Summe landgerichtlich, und zwar ausschließlich landgerichtlich, insbesondere Gehaltsstreitigkeiten der Beamten und Streitigkeiten gegen Beamte wegen Verletzung ihres Dienstverhältnisses, worüber in § 70 GV. und in den entsprechenden Landesgesetzen, z. B. § 39 preuß. Ausf.-Gesetz zur GV., das Nötige entwickelt ist.

8. Instanzordnung.

§ 24. Neben der Gerichtsstands- und sachlichen Zuständigkeitsordnung gibt es eine Instanzordnung. Diese ist nicht eine Ordnung des Prozesses, sondern eine Ordnung der Verfahrensweisen innerhalb des Prozesses.

Das System der Rechtsmittel hat dazu geführt, daß die Entscheidungen der Gerichte nicht endgültig, sondern auflösend bedingt sind und ein weiteres Gericht angerufen werden kann, um in einem neuen Verfahren den Auflösungsfall herbeizuführen und eine neue Entscheidung zu erlassen. Die Gerichte, welche in diesem Verfahren eine höhere Entscheidung geben, sind den ersten Instanzrichtern übergeordnet: man sagt, sie bilden eine zweite Instanz. Bei uns sind die Landgerichte die zweite Instanz gegenüber den Amtsgerichten, sofern also die Sache in erster Instanz beim Amtsgericht schwebte; sie sind auch die zweite Instanz gegenüber den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten (§ 55 GGG., § 16 KGG.). Entscheiden die Landgerichte in erster Instanz, so bilden die Oberlandesgerichte die zweite Instanz, und nur sofern diese entschieden haben, kann eine Sache nach an eine dritte Instanz gelangen. Dritte Instanz ist jetzt fast ausschließlich das Reichsgericht, und nur ausnahmsweise, in Bayern, kann das oberste Landesgericht in München an seine Stelle treten, § 8 EG. zu GVG.; vgl. namentlich a. 6 EG. zum BGB.

Aus dem Obigen ergibt es sich, daß bei dem Landgericht eine oder mehrere Abteilungen bestehen, die als Berufungsgerichte (Beschwerdegerichte) gegenüber den Amtsgerichten und Gewerbe- und Kaufmannsgerichten tätig sind. Aber auch diese Abteilungen bilden nicht eine besondere Behörde, sondern sie sind Abteilungen eines und desselben Landgerichts.

Die Instanzordnung ist in erster Reihe nicht im Interesse der Parteien, sondern im Interesse der Richtertätigkeit gegeben; denn die Besetzung der Obergerichte hat gerade im Hinblick

[1] Früher waren es 300 Mk. Die Summe wurde durch die Novelle von 1909 erhöht.

[2] Ein Mißbrauch ist es, wenn der Beklagte eine Widerklage erhebt, um gemäß § 506 ZPO. das Ganze vor das Landgericht zu bringen. Das Amtsgericht hat in solchem Fall nach § 145 ZPO. die Widerklage ad separatum zu verweisen.

auf die Besonderheit der höheren Instanztätigkeit zu erfolgen. Daher kann die Instanzordnung nicht durch Parteivertrag beeinflußt werden. Anderseits rührt auch diese Ordnung nicht so sehr an den Grundfesten des Prozesses, daß ihre Verletzung eine Nichtigkeit herbeiführte: sie enthält keine Beschränkung der Gerichtsbarkeit.

9. Anderwärtige öffentliche Organe.

§ 25. Solche sind:

1. der Staatsanwalt, der nur in Familienprozessen tätig ist (§§ 607, 632, 640, 641), insbesondere auch in Entmündigungsprozessen, aber mit Unterschied, regelmäßig nur bei Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geistesschwäche (§§ 652, 664, 666, 679, 684, 686 ZPO.). Die Tätigkeit des Staatsanwalts ist meist die Tätigkeit als Gehilfe des Richters (§§ 607, 640, 641, 652); mitunter hat er die Rolle einer Partei oder eines Intervenienten (§§ 632, 664, 666, 679, 684, 686 ZPO.) [1];

2. der Gerichtsvollzieher, der die Doppelstellung des Zustellungs- und Vollstreckungsbeamten vereinigt. Er hat sich aus dem altdeutschen Fronboten (dem französischen sergent) entwickelt und ist, wie der französische huissier ein selbständiger, allerdings unter Aufsicht des Gerichts handelnder Beamter (§§ 166 f., 753 f., 766, 808 f., 845, 883 f.). Er steht nicht in einem privaten Verhältnis zur Partei; [2] er handelt nur eben auf ihren Antrag: von einem Auftrags-, Mandatsverhältnis ist keine Rede; man hat dies rein äußerlich geschlossen aus dem vieldeutigen Ausdruck „Auftrag" (§ 753 f. ZPO.) [3] oder aus Funktionen, welche das öffentliche Amt mit dem Mandate äußerlich gemein hat.

3. Der Gerichtsdiener fungiert als Zustellungsbeamter nach §§ 211, 212 ZPO.

II. Prozeßformen.

1. Mündliche Verfahren und Termine.

§ 26. Die Parteitätigkeit wie die Untersuchungstätigkeit hat in einem Verfahren stattzufinden; das Verfahren entwickelt sich in bestimmten Zeiten, und zwar spinnt es sich meist ab in Terminen [4], d. h. in Zeitpunkten oder kurzen Zeiträumen, die darauf angelegt sind, daß mehrere beteiligte Personen zur gegenseitigen Aussprache und Vernehmung zusammentreffen. Das gilt namentlich für die sogenannten Verhandlungstermine.

Die Parteitätigkeit wie die Tätigkeit der im Untersuchungsverfahren Beteiligten erfolgt regelrecht durch mündliche Erklärung; dies gehört zu den Grundgedanken unseres Zivilprozesses. Ein geregeltes System mündlicher Erklärungen, wobei jede Partei und jeder Parteigehilfe sich äußern darf und die Äußerungen zusammentreffen, wobei das Gericht, welches die Erklärungen vereint, einwirken und auf die Vollständigkeit und Deutlichkeit hinwirken kann, heißt Verhandlung, und für die Verhandlung bestehen Verhandlungstermine.

Die Streitsache kann in einem Termin erledigt werden; ist dies nicht der Fall, so ist ein Termin zur Fortsetzung des Verfahrens zu bestimmen, usw.; so können sich mehrere Verfahrenstermine aneinanderreihen. Hier gilt nun der Grundsatz: in jedem folgenden Termin

---

[1] In weiterem Maße findet sich die Staatsanwaltstätigkeit im französischen Prozeß; doch hat sie auch dort an Wichtigkeit sehr abgenommen; vgl. Pacaud, Frais et lenteurs p. 229 f.

[2] Ebensowenig besteht ein solches Vertragsverhältnis zwischen der Partei und der Verteilungsstelle, welche die „Aufträge" entgegennimmt und unter die Gerichtsvollzieher verteilt. RG. 12. 4. 1912 Entsch. 79 S. 217.

[3] Wenn daher ein Gläubiger pfändet und der Gerichtsvollzieher davon weiß, daß der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat, so hat diese Kenntnis für den Gläubiger keine Bedeutung und bewirkt keine mala fides, denn der Gerichtsvollzieher ist nicht sein Vertreter. Der Gläubiger kann daher nicht aus diesem Grunde mit der Schuldanfechtung angegriffen werden, RG. 15. 12. 1911 Leipziger Zeitschr. VI S. 320.

[4] Ich gebrauche den Ausdruck der Prozeßordnung. Es wäre wünschenswert, hierfür einen volkstümlichen Ausdruck, wie Tagfahrt (süddeutsch) oder Tagsatzung (Österreich) zu wählen.

ist das Ergebnis der früheren Termine zu wiederholen, völlig oder auszugsweise; letzteres genügt dann, wenn die Richter nicht gewechselt haben, so daß ein Hinweis auf das Gedächtnis der Richter die Verhandlung verkürzen kann. Wird daher im Schlußtermin entschieden, so wird entschieden nach dem Vorbringen des Schlußtermins, welches allerdings das Vorbringen aller früheren Termine in sich faßt.

Dieses an sich theoretisch sehr scheinhafte System hat die ZPO. bis zu dem Gedanken übertrieben, daß, was in den früheren Terminen erfolgt ist, völlig ausgelöscht werden soll, wenn es nicht im Entscheidungstermin wiederholt wird. Das ist eine Unnatur[1].

Außer den Verhandlungsterminen finden Termine zur Beweiserhebung statt, bei welchen die Parteien anwesend sein dürfen und berechtigt sind, durch Hinweise und Fragen auf das Beweisverfahren einzuwirken (§§ 357, 397 ZPO.). Mit dem Beweistermin soll ein Verhandlungstermin verbunden werden, wenn er verbunden werden kann, wenn nämlich die Beweiserhebung vor dem entscheidenden Gericht selbst stattfindet (§ 370, vgl. auch § 465 ZPO.).

Die Termine sind festzusetzen; die Festsetzung ist bei Mehrheitsgerichten Sache des Vorsitzenden: er ist der Herr der Terminrolle, er hat zu bestimmen, auf wann die Sachen angesetzt, auf wann ein Termin verlegt oder ein Termin zur Fortsetzung des Verfahrens bestimmt wird (§§ 216, 361). Er hat dafür einzustehen, daß keine unmotivierte Verzögerung stattfindet (§ 261 ZPO.).

Die Termine sollen regelmäßig an der Gerichtsstelle stattfinden (§ 219 ZPO.); sie sollen regelmäßig nicht an Sonn- und Feiertagen erfolgen (§ 216 ZPO.) und regelmäßig nicht in den Gerichtsferien (außer in schleunigen Sachen, die darum Feriensachen heißen) (§ 202 GVG.)[2]. Etwas Besonderes gilt für die Vernehmung im Entmündigungsverfahren (§ 654 ZPO.).

Der Termin kann verlegt werden (auf Antrag oder von Amts wegen); er kann aufgehoben werden; er ist im Parteiprozeß aufzuheben, wenn es die Parteien beantragen (§ 227 ZPO.).

Die Terminsache muß aufgerufen, d. h. ihr Beginn äußerlich kundgemacht werden; wer im Termin vor seiner Beendigung erscheint, ist nicht säumig, auch wenn er erst mitten in den Termin hineinkommt (§ 220 ZPO.).

Ist der Termin versäumt, so tritt bei Verhandlungsterminen, auch bei solchen, die zugleich Beweistermine sind, das Versäumnisverfahren ein; doch wird hier, wie bei Versäumung eines bloßen Beweistermins, der Beweis, soweit es geht, erhoben (§ 367 ZPO.): dies kann eine Unvollkommenheit der Beweiserhebung zur Folge haben; trotzdem findet eine Wiederholung nur dann statt, wenn sie ohne Verzögerung des Prozesses erfolgen kann, oder wenn die Abwesenheit der Partei entschuldbar war (§ 367 ZPO.).

Das Verfahren im Termin verlangt seine Regelung; die Regelung nennt man Sachleitung. Sie steht dem Gericht, bei einem Mehrheitsgericht dem Vorsitzenden zu. Er hat hierbei die gesetzlichen Bestimmungen zu beobachten. Diese zielen dahin, daß die Anträge der Parteien und ihre Vorträge angehört werden, soweit sie sachdienlich sind und auf die Förderung der Sache (nicht auf die bloße Verschleppung) hinwirken, und daß durch gegenseitige Aussprache und durch Erregung von Bedenken auf die vollständige Erörterung der Sache hingearbeitet wird.

Die formellen Mittel, damit dieser gesetzlichen Vorschrift entsprochen wird, bestehen in der Erteilung und Versagung des Wortes, in der Fragestellung, in der Gestattung der Fragestellung eines Gerichtsmitglieds und in der Schließung der Verhandlung (§§ 136 bis 139 ZPO.), ferner in der Anordnung von Maßregeln zur Sicherung der Ruhe und Ordnung (§ 177 GVG.). In der Einzeldurchführung dieser gesetzlichen Bestimmungen bleibt natürlich vieles der Zweckmäßigkeitserwägung vorbehalten.

Das Verhältnis des Vorsitzenden zu den übrigen Gerichtsmitgliedern bei Sachleitung aber ist folgendes: soweit Zweckmäßigkeitserwägungen gelten, ist er von ihnen unabhängig, nur daß er

---

[1] Viel richtiger die Österr. ZPO. § 138 und Ungarische ZPO. § 242. Nach beiden PO. ist nur bei geänderter Besetzung des Gerichts die Verhandlung zu wiederholen, sonst ist das früher Gebrachte aus den Schriftstücken zu konstatieren.

[2] Schon im altitalienischen Statutarrecht waren namentlich die kleinen Streitsachen Feriensachen, so in Rom 1363 III 129 (Sachen unter 100 solidi).

1. jedem Mitglied das Recht geben muß, Fragen zu stellen (§ 139 ZPO.);
2. die Verhandlung nur schließen soll, wenn das Gericht den Schluß für angezeigt hält (§ 136 ZPO.);
3. die geschlossene Verhandlung nur auf Beschluß des Gerichts wieder eröffnen soll (§ 156 ZPO.);
4. nur kraft Beschlusses des Gerichts einem Mitwirkenden den Vortrag untersagen kann (§ 157 ZPO.).
5. Endlich hat das Gericht zu beschließen, ob die Verhandlungen zunächst auf einzelne Punkte zu beschränken oder gar mehrere Prozesse getrennt oder vereinigt werden sollen (§§ 145 ff. ZPO.).

Geht er aber aus dem Rahmen der Zweckmäßigkeitserwägung heraus, handelt es sich darum, daß eine Tätigkeit des Vorsitzenden gesetzlich unstatthaft ist, so entscheidet (auf Verlangen) das Gericht (§ 140 ZPO.). Ebenso, wenn eine Zwangsmaßregel oder Ordnungsstrafe gegen Personen stattfinden soll, welche das Verfahren stören oder sich einer Ungebühr schuldig machen (§§ 178 bis 181 GV.).

Handelt das Mehrheitsgericht durch einen beauftragten Richter, so hat der beauftragte Richter, solange er tätig ist, die Befugnisse eines Einzelrichters (§ 182 GV., § 400 ZPO.).

Das mündliche Verfahren verlangt seine schriftliche Festlegung, damit auch der späteren Zeit ein Bild des Verfahrens erhalten bleibt; für gar manche Fragen künftiger Tage, insbesondere, wenn der Prozeß durch Rechtsmittel erneuert werden soll, ist eine Kenntnis des Verfahrens nicht nur im ganzen, sondern auch im einzelnen unerläßlich.

Da aber das Schreiben mit dem Sprechen nicht gleichen Schritt hält, so klafft hier ein Widerspruch, der vielfach zur Entartung des mündlichen Verfahrens geführt hat. Zwar war der römische Prozeß und der germanische Prozeß mündlich gewesen, aber ohne genaue und eingehende Fixierung; im gemeinen Rechte, vor dem Reichskammergericht trat die Fixierung scharf hervor, und die Folge war, daß die Prokuratoren die Erklärungen in Schriftsätzen einreichten und diese Schriftsätze vorlasen: diese Vorlesung hielt man später für überflüssig, und man betrachtete es als genügend, wenn die Schriftsätze vorgelegt wurden. Bei den Territorialgerichten ist dann auch diese Vorlegung weggefallen, und die Schriftsätze wurden einfach eingeschickt. Und so hat sich das schriftliche Verfahren gestaltet, das bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts in Deutschland üblich gewesen ist, zum schweren Schaden der Rechtsprechung und zur außerordentlichen Verschleppung der Prozesse.

Ein vollkommen genügendes Mittel der Fixierung des mündlich vorgetragenen Materials hat allerdings auch der heutige Prozeß nicht. Manche Länder bedienen sich der Stenographie [1], welche aber noch viel zu unzuverlässig ist, als daß man sie für offizielle Akte als maßgebend erachten könnte, namentlich da es nicht möglich ist, für rechtzeitige Korrektur zu sorgen und damit den Irrtümern und Mißverständnissen abzuhelfen. Ein anderes Mittel ist es, durch Phonogramm das gesprochene Wort aufzufangen und festzuhalten, um es nachher beliebig reproduzieren zu können. Dieses Mittel ist das Mittel der Zukunft; dann werden die Gerichtsakten ein ganz anderes Aussehen annehmen: sie werden im wesentlichen aus Scheiben oder Rollen bestehen, welche derartige phonographische Feststellungen enthalten. Heutzutage hat man sich zu diesem Verfahren noch nicht verstanden; ja es fehlt noch an der gründlichen praktischen Vorbereitung der Frage; was zu bedauern ist. Man hilft sich bis jetzt mit einer Kombination mehrerer Mittel: man läßt ein Sitzungsprotokoll schreiben, das aber die Vorträge der Parteien nur im allgemeinen andeutet, ohne auf ihren Inhalt einzugehen; man läßt den Richter den Tatbestand schreiben, der mit dem Urteil verbunden sein soll und eine inhaltliche Darstellung der Vorgänge des Prozesses enthält [2]; man läßt die Anwälte sogenannte vorbereitende Schriftsätze anfertigen und gibt dem Richter die Möglichkeit, bei der mündlichen Verhandlung zu prüfen, inwiefern der Vortrag mit diesen Schriftsätzen übereinstimmt oder nicht. Auch müssen im

[1] So auch die österreich. ZPO. § 280.

[2] Der Tatbestand ist eine altdeutsche Einrichtung; in den Urteilsbriefen deutscher Gerichte findet sich bereits eine ausführliche Schilderung der Prozeßvorgänge, Kohler, Verfahren des Hofgerichts Rottweil S. 72 f.

Anwaltsprozeß die Anträge aus vorbereitenden Schriftsätzen oder aus nachträglich zu Protokoll gegebenen Schriftstücken verlesen werden, so daß diese schon hierdurch festgelegt werden (§§ 297 ff. ZPO.). Auf solche Weise soll ein Bild des Inhaltes des Parteivorbringens gegeben werden; wobei noch zu bemerken ist, daß die vorbereitenden Schriftsätze nur so weit in Betracht kommen, als der Tatbestand sich auf sie bezieht und sie zu Teilen des Tatbestandes erhebt.

Das wäre an sich leidlich, aber von großem Bedenken ist es, daß die Beweiserhebungen regelmäßig vollkommen protokolliert werden müssen. Die Zivilprozeßordnung gestattet nur dann hiervon abzustehen, wenn das Urteil keiner Berufung unterliegt (§ 161 ZPO.), was fast nur bei Urteilen zweiter Instanz zutrifft. Diese ausführlichen Zeugenprotokolle sind eine große Last: sie hemmen die Verhandlungen, lassen das Interesse erlahmen und verhindern, daß der Richter ein einheitliches Bild des Verfahrens erlangen kann.

Die vorbereitenden Schriftsätze, welche ein Mittel der Feststellung sind, haben noch eine andere Bedeutung: sie sind das Mittel, welches namentlich unter Rechtsanwälten eine gedeihliche mündliche Verhandlung ermöglicht, und sind daher im Anwaltsprozeß vorgeschrieben. Sie entstammen dem französischen Prozeß, wo zuerst ein Schriftwechsel von avoué zu avoué stattfindet, worauf sie die sogenannten conclusions motivées in einem Termin dem Gerichte vorlegen [1]. Bei uns werden die Schriftsätze in der Art gewechselt, daß jeder Schriftsatz vor oder nach Zustellung an den Gegner in einem Exemplar dem Gerichte übergeben wird (§ 133 ZPO.). Ihre Bedeutung ist folgende: der Schriftsatz ist eine Ankündigung dessen, was in der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden soll, so daß der Gegenanwalt die Punkte kennt, die im Prozeß zur Erörterung kommen. Er ist kein Vorbringen; er ist nur eine Ankündigung des Vorbringens, und zwar eine unverbindliche Ankündigung: seine Bedeutung ist daher nur eine tatsächliche; aber diese tatsächliche Bedeutung ist sehr groß. Erst die Schriftsätze ermöglichen eine fließende, alle Teile umfassende mündliche Verhandlung, weil erst durch sie der Rechtsanwalt in die Lage kommt, sich auf jedes Vorbringen des Gegners vorzubereiten und sich die nötige Auskunft zu holen (§ 272 ZPO.). Die Faktoren, welche im gemeinen Prozeß von der Mündlichkeit zur Schriftlichkeit geführt haben, werden hierdurch niedergehalten; jetzt wird die mündliche Verhandlung nicht mehr dadurch zerstückelt, daß der Gegner stets erst im folgenden Termin die Beantwortung bringen kann, — was der Tod des mündlichen Verfahrens wäre.

2. Schriftliches Verfahren und Fristen.

§ 27. Das mündliche Verfahren schließt nicht aus, daß schriftliche Erklärungen gemacht werden: im Gegenteil ist die Schriftform für viele Prozeßhandlungen vorgeschrieben, namentlich für diejenigen, welche das Verfahren beginnen oder fortschieben sollen, so für die Klage, die Berufung, die Revision, die Ladung zur Fortsetzung des Verfahrens. In diesen Fällen führt aber die schriftliche Erklärung nicht zu einem schriftlichen, sondern zu einem mündlichen Verfahren, und der auf solche Weise begonnene Kampf wird mündlich ausgefochten.

Sodann gibt es Erklärungen, welche einen bestimmten Abschluß bilden und keinen Fortgang verlangen und darum schriftlich geschehen können: so die Rücknahme der Klage, die Rücknahme des Einspruchs und der Rechtsmittel, so der Verzicht auf das Rechtsmittel nach dem Urteil (§§ 271, 346, 515, 514 ZPO.).

Ausnahmsweise gibt es aber auch Fälle, wo schriftliche Prozeßhandlungen nicht ein mündliches Verfahren einleiten, sondern dazu führen, daß ohne mündliche Verhandlung entschieden wird. So das Gesuch der Ablehnung eines Richters (§§ 44, 46), das Gesuch um Armenrecht (§§ 118, 126), um Aussetzung des Verfahrens (§ 248), um Feststellung der Gerichtskosten (§§ 104, 105), um Sicherung des Beweises (§§ 486, 490), um Bestimmung eines zuständigen Gerichts (§ 37), so die Beschwerden (§§ 569, 573), so der Antrag im Mahnverfahren (§ 690), so der Arrestantrag (§§ 920, 921), der Antrag nach §§ 109, 715; 203, 204; 225, so der Antrag im Aufgebotsverfahren (§ 947 ZPO.), so die Anträge im Vollstreckungs- und Konkursverfahren. Übrigens kann das Gericht fast überall, wo ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann, einen Termin bestimmen, zu dem der eine Teil den anderen zu laden hat; der Termin

[1] So schon die französische Prozeßordnung vom April 1667, Titel III und XIV.

ist dann ein sogenannter informatorischer, d. h. er hat nur die Bedeutung der Aufklärung, so daß, wenn ihn eine Partei versäumt, nur eben das wegfällt, was sie an Aufklärung bringen könnte; mit anderen Worten, es ist ein Termin ohne Parteikampf und ohne die Folgen des Parteikampfes.

Solche schriftlichen Erklärungen können an Fristen gebunden werden; ja, sie müssen es vielfach, damit der Prozeß nicht in die Ferne schweift. Von besonderer Bedeutung sind insbesondere die Fristen der Rechtsmittel und die Frist der sogenannten sofortigen Beschwerde. Aber auch sonst kann eine Frist nötig sein, z. B. um eine bestimmte Urkunde beizubringen, um eine bestimmte Erklärung schriftlich zu geben (z. B. § 59, 89, 113, 554). Von diesen Fristen gilt nun folgendes: Sind sie gesetzlich bestimmt, so können sie regelmäßig nicht richterlich verlängert werden[1]. Sind sie sogenannte Notfristen, so kommt dazu, daß sie auch in den Gerichtsferien (zwischen 15. Juli und 15. September) laufen, daß sie auch nicht durch Vereinbarung der Parteien verlängert werden können, und daß, wenn sie infolge unabwendbarer Zufälle (höherer Gewalt) versäumt sind, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich ist. Verschuldung des Anwalts ist kein unabwendbarer Zufall; in diesem Fall ist leider keine Abhilfe gegeben: die Partei ist auf den Rückgriff gegen ihn verwiesen, was für beide Teile bedränglich ist. Mit Recht hat übrigens das Reichsgericht den Begriff der unabwendbaren Zufälle bis an die Grenzen des Möglichen ausgedehnt (Bd. 48 S. 409). Vgl. § 223 f. ZPO.

Handelt es sich um Fristen ohne gesetzliche Dauer, so werden sie gerichtlich festgesetzt; dann können sie auch verlängert werden, durch Richterspruch wie durch Vereinbarung der Parteien.

Mit Ablauf der Fristen entstehen Rechtslagen oder auch Rechte, so z. B. wenn das materielle Endurteil durch Ablauf der Frist rechtskräftig wird.

3. Öffentlichkeit.

§ 28. Die Prozeßbetätigungen in der mündlichen Verhandlung sollen *öffentlich* geschehen, sofern nicht ein besonderer Grund für den Ausschluß der Öffentlichkeit spricht, was insbesondere im Ehe- und Entmündigungsverfahren vorkommen kann, aber auch sonst wegen Gefährdung der öffentlichen Ordnung, der Staatssicherheit oder der Sittlichkeit, — letztere Gründe kommen aber fast nur im Strafprozeß in Betracht und können hier übergangen werden (§§ 171 ff. GVG.). Öffentlich will heißen: so, daß das Publikum zu solchen Verhandlungen Zutritt hat.

Die Öffentlichkeit muß beurkundet werden (§§ 159, 164 ZPO.).

Sie ist nicht Voraussetzung für die Gültigkeit des Verfahrens, aber ihr Mangel ist ein Prozeßmangel, der durch Rechtsmittel geltend gemacht werden kann (§ 551 Z. 6 ZPO.).

Sie ist nur für Verhandlungen vorgeschrieben, nicht für Beweisaufnahmen, nicht für Erörterungen im Vollstreckungs- und Konkursverfahren; sie gilt, wenn es sich um Mehrheitsgerichte handelt, nur vom Verfahren vor den erkennenden Kammern und Senaten, nicht von dem Verfahren vor dem beauftragten Richter (§ 170 GVG.).

Die Beratungen und Abstimmungen sind bei uns nicht öffentlich (§ 195 GV.); das gilt in den meisten Staaten. Eine Ausnahme besteht in einigen Schweizerkantonen und bei dem Schweizer Bundesgericht.

Die Öffentlichkeit kann auch nachträglich dadurch hergestellt werden, daß die Akten, d. h. die bei dem Gerichte in der Prozeßsache erwachsenen Schriftstücke, zugänglich gemacht werden. Eine Einsicht in dieselbe ist natürlich mit Einwilligung beider Parteien unbedenklich; sonst *kann* sie der Vorstand des Gerichts (der Gerichtsbehörde) den Interessenten gestatten (§ 299 ZPO.).

Man spricht auch von Parteiöffentlichkeit und will damit sagen, daß die Parteikämpfe und die Beweiserhebungen in Gegenwart der Parteien oder doch wenigstens nach erfolgter Benachrichtigung geschehen sollen. Wichtig ist dies namentlich für die Beweiserhebung, vor

[1] Doch gibt es Ausnahmen; so die Revisionsbegründungsfrist, die durch den Vorsitzenden (nicht aber durch Parteivereinbarung) verlängert werden kann, § 554 ZPO.

allem für die Zeugeneinvernahme. Hier bestand lange Zeit eine Ausnahme: das gemeine Recht schloß hierbei die Parteien aus, obgleich das römische wie das kanonische Recht sie zugezogen hatte; erst das Protokoll über die vernommenen Zeugen oder ein Auszug daraus wurde ihnen nachträglich mitgeteilt [1]. Man glaubte, daß dadurch die Beeinflussung der Zeugenaussagung besser vermieden würde. Der neuzeitige Prozeß kennt einen solchen Ausschluß der Parteien nicht mehr (§§ 357, 397 ZPO.). Was von den Parteien gilt, gilt auch von den Beteiligten im Untersuchungsverfahren (§ 653 ZPO.). Zur Parteienöffentlichkeit gehört auch das freie Recht der Akteneinsicht (§ 299 ZPO.).

4. Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit.

a) Unmittelbarkeit unter den Parteien [2].

§ 29. Die Unmittelbarkeit unter den Parteien ergibt sich bei der mündlichen Verhandlung von selbst: indem die Partei sich vor Gericht erklärt, erklärt sie sich unmittelbar gegenüber der Gegenpartei. Dies gilt aber auch von schriftlichen Erklärungen. Hier ist ein Doppeltes möglich: entweder stellt die eine Partei der anderen die Erklärung unmittelbar zu; oder der Verkehr ist ein gerichtlich vermittelter, indem die eine Partei die Erklärungen dem Gerichte übergibt und dieses dem Gegner.

Der Gegensatz durchdringt das Recht der Völker; er zeigt sich insbesondere in der Klageerhebung. Diese war ehedem durchaus eine unmittelbare, sie ist aber mit der Zeit vielfach mittelbar geworden; so im Justinianischen Libellprozeß, der im Mittelalter reichliche Nachfolge gefunden hat [3]. Das deutsche Recht kannte beides: die unmittelbare Ladung, mannitio. und die Ladung durch gerichtliche Vermittlung kraft Amtsrechts, bannitio.

Im französischen Recht hat sich die unmittelbare Ladung erhalten [4]; in Deutschland hatte sich das mittelbare Verfahren entwickelt; es hat in unserer PO., was die Klage betrifft, wieder dem unmittelbaren Platz gemacht (§ 253 ZPO.).

Für die Klage läßt sich dieses Verfahren als Regel rechtfertigen. Die Zivilprozeßordnung bestimmte es aber ehedem auch für die Rechtsmittel, mit Ausnahme der Beschwerde, und dies war ein Fehler; denn bei Rechtsmitteln ist Rechtzeitigkeit eine Lebensfrage: erfolgen sie nicht rechtzeitig, so können Millionen verloren sein. Ist nun die Erhebung des Rechtsmittels nur durch Zustellung möglich, so ist der Rechtsanwalt völlig abhängig von der richtigen Tätigkeit des Zustellungsbeamten; tut dieser nicht, was er zu tun hat, so ist das Recht unwiderbringlich dahin; ein Fehler der Zustellung, und die Berufung ist ungültig und infolgedessen die Berufungsfrist versäumt. Wie viele unnötige Sorgen, wie viele Bangigkeit und wie viele ungerechte Ergebnisse hat diese Bestimmung gezeitigt! Darum habe ich bereits in der vorigen Auflage auf die Mißstände hingewiesen und eine Änderung in dem Sinne, daß die Einreichung eines Schriftsatzes genügen soll, befürwortet; denn die Partei in ihrem grundlegenden prozessualen Rechte davon abhängig zu machen, daß der Gerichtsvollzieher nichts versäumt, heißt: ihre besten Rechte aufs Spiel setzen. Dem haben nun auch die Zivilprozeßnovellen von 1905 und 1909 entsprochen und zuerst für die Revision, dann auch für Berufung und Einspruch die Änderung eingeführt, daß hier dasselbe gilt, was bisher von der Beschwerde: die Einlegung erfolgt durch Einreichung bei dem Berufungs-, Revisionsgericht bzw. dem Gerichte des Versäumungsverfahrens, so §§ 518, (520), 553, (533 a), 340 (340 a), worauf das Gericht die Rechtsmittel- oder Einspruchschrift der Gegenpartei von Amts wegen zuzustellen hat. Dies ist eine gewisse

---

[1] Sie durften nur zur Kontrolle einen Notar senden. So auch Statuten von Castellarquato (1445) II 1. Man übergab darum dem vernehmenden Richter genaue Beweisartikel und Fragstücke, Kohler, Verfahren des HofG. Rottweil S. 70.

[2] Parteihandlungen und Handlungen der Beteiligten im Untersuchungsverfahren.

[3] Vgl. Brachylogus IV, 9. Das Libell wurde bei Gericht eingereicht und vom Gerichte zugestellt. In den Statuten galt der Satz, daß in wichtigen Sachen ein libellus eingereicht werden solle; in minder wichtigen Sachen konnte ohne libellus geklagt werden, Ravenna 14. Jahrh. c. 114 (bis zu 20 solidi), Fantuzzi, Monum. Rav. IV p. 57, Casale (bis 60 solidi), Mon. hist. patr. I p. 943.

[4] Prozeßordnung von 1667, Titel II: Des ajournements.

Beschwerung der Gerichtskanzlei, die aber nicht weiter in Betracht kommt. Das alte System gilt nur noch für die Nichtigkeits- und Restitutionsklage § 586, und für diese gilt noch die in §§ 166, 207 ZPO. bestimmte Erleichterung: es ist gestattet, diese Klagen durch Vermittlung des Gerichtsschreibers zustellen zu lassen, in der Art, daß die Einreichung bei dem Gerichtschreiber zwar nicht als Einlegung des Rechtsmittels gilt, wohl aber so, daß die Frist als gewahrt gilt, wenn im Laufe von zwei Wochen nach dieser Einreichung die Zustellung nachfolgt (§§ 166, 207 ZPO.). Mit der letzteren Beschränkung wird die Wohltat, die man dem Anwaltsstande erweisen will, großenteils wieder aufgehoben. Jedenfalls ist sie aber so weit als möglich auszudehnen: die Frist gilt durch Zustellung in den zwei Wochen als gewahrt, wenn diese auch, trotz des beim Gerichtsschreiber gestellten Antrags, von Anwalt zu Anwalt stattfindet (RG. 46 S. 390).

Aber auch bei der Klagerhebung, wo sich im allgemeinen der unmittelbare Verkehr mit dem Beklagten bewährt hat, kann möglicherweise der Zeitpunkt so verhängnisvoll sein, daß eine Versäumung nicht wieder gut gemacht werden kann. Auch hier kann es zu den schlimmsten Folgen führen, wenn bei der Zustellung irgend etwas vernachlässigt wird. In besonderen Fällen hat die ZPO. § 207 geholfen, nämlich, wenn die Zustellung im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung zu erfolgen hat; hier ist bestimmt, daß die Einreichung bei Gericht und der Antrag, für die öffentliche Bekanntmachung das Nötige vorzukehren, die Frist wahrt, wenn auch erst nachträglich die Zustellung erfolgt. Man hätte aber das gleiche auch für den Fall zulassen sollen, wenn die Zustellung im Inland in nichtöffentlicher Weise zu erfolgen hat; denn auch hier hat die Partei und der Anwalt Klippen und Unebenheiten zu befürchten. In einem Falle hat man neuerdings Abhilfe getroffen: die Klage bei dem Amtsgericht erfolgt allerdings auch durch Zustellung an den Beklagten; die Klagschrift wird aber bei der Gerichtsschreiberei eingereicht, und diese sorgt von Amts wegen für die Zustellung; und wenn nun eine Frist gewahrt oder eine Verjährung unterbrochen werden soll, so wird insofern die Klageerhebung auf den Moment der Einreichung zurückdatiert, §§ 496, 498. Warum soll es aber nur in diesem Falle gelten? Es wäre doch das beste gewesen, wieder die zwei Formen der Ladung, die unmittelbare und die Ladung durch den Richter, in allen Fällen zur Auswahl zu stellen. Die Österr. ZPO. hat das System der mittelbaren Klagerhebung (durch einen bei Gericht einzureichenden verbreitenden Schriftsatz) § 226, 78, 230; ebenso die ungarische ZPO. § 129 f. 140.

Einigermaßen wird allerdings der Formalismus gebrochen durch die Bestimmung der ZPO., wonach, wenn die Partei trotz der Unregelmäßigkeit der Ladung in den Besitz der Schriftstücke gekommen ist, das Schriftstück mindestens mit dem Moment des Besitzerwerbes als zugestellt zu betrachten ist, § 187. Diese Bestimmung soll allerdings dem Wortlaut nach nur für den Fall zutreffen, daß die Partei selber erklärt, in den Besitz des Schriftstückes gekommen zu sein. Indes die Bestimmung muß ausdehnend ausgelegt werden: es ist Pflicht einer loyalen Partei, dies zu erklären, und die Erklärung ist als erfolgt zu betrachten, wenn die Partei erweislichermaßen in den Besitz der Ladung gekommen ist.

Obgleich aber bei uns die Klage durch unmittelbare Ladung erfolgt, so erfolgt sie, abweichend vom französischen Verfahren, nicht ohne Mitwirkung des Gerichts: das Gericht hat, bevor die Ladung erfolgt, den Termin zu bestimmen, und deshalb muß die Ladung bei Gericht eingereicht werden. Aber dies ist nur äußerlich; nicht hierdurch wird die Klage erhoben, sondern erst mit der Zustellung, für welche, abgesehen von dem amtsrichterlichen Verfahren, die Partei (der Anwalt) zu sorgen hat. In Frankreich ist die Gerichtseinreichung nicht erforderlich, weil das Rollensystem gilt, d. h. die Klagen in der Reihenfolge, in der sie zur Rolle eingetragen werden, zur Verhandlung kommen. Hier bedarf es daher keines Termins und fällt daher die Terminbestimmung und hiermit auch die gerichtliche Mitwirkung weg [1].

[1] Das Rollenwesen ist in Frankreich durch Dekret vom 30. März 1808 neu geregelt worden (in einigem geändert am 10. November 1872). Früher war es auch in Frankreich vorgekommen, daß man durch sog. placets des Vorsitzenden einen unmittelbaren Termin erlangte; man befürchtete aber Mißbräuche. Doch hat man die Möglichkeit solches placets auch in Gebieten angenommen, wo sonst das französische System gilt. Gewisse Sachen kommen übrigens auch in Frankreich außerhalb der Rolle, Pacaud, Lenteurs et frais de justice p. 113 f.; namentlich bei dem Seinetrib. wird die Rolle nicht immer in der Praxis beachtet.

Bei unserem System, wo der Richter den Termin gibt, während die eine Partei die andere lädt, hat man keine Sicherheit dafür, daß die Ladung so rechtzeitig erfolgt, als dies im Interesse des anderen Teiles geboten erscheint. Wenn also beispielsweise der Kläger dem Beklagten die Ladung zur ersten Verhandlung zuzustellen hat, so ist keine Sicherheit dafür gegeben, daß er dies nicht erst am Tage vor dem Termin tut, also zu einer Zeit, wo dem Beklagten nicht die genügende Vorbereitung mehr gewährt ist. Um diesem Übel abzuhelfen, ist, wie bereits in der hannöverschen ZPO. (§§ 189, 382, 489), das System eingeführt, daß die Zustellung eine bestimmte Zeit vor dem Termine geschehen soll; man nennt diese Mindestfrist Ladungsfrist, und in einem Falle, wenn es sich um den ersten Termin handelt, Einlassungsfrist. Diese Mindestfristen sind gesetzlich gegeben; jedoch kann der Richter sie aus besonderen Gründen abkürzen. Die regelmäßige Einlassungsfrist bei Landgerichten ist zwei Wochen, die Ladungsfrist eine Woche (§§ 217, 262 ZPO.).

Noch unmittelbarer ist natürlich die Klageerhebung, wenn sie in der mündlichen Verhandlung selbst erfolgt. Dies war im altdeutschen Volksgericht ein häufiger Brauch, wo sich Kläger und Beklagter als Gerichtsgenossen im Volksgerichte trafen. Im kanonischen Verfahren fand es statt, wenn der Beklagte auf Grund der Ladung zum Klageerhebungstermin erschien. Bei uns erfolgt eine mündliche Klageerhebung in seltenen Fällen; regelmäßig nur dann, wenn eine Klage im Laufe des Prozesses erhoben wird, als Widerklage oder als Inzidentfeststellungsklage, d. h. als Klage zur Feststellung eines Präjudizialpunktes, von dem der Klageanspruch abhängig ist (§§ 280, 281 ZPO.); vgl. auch unten S. 402. Außerdem in zwei Fällen des amtsgerichtlichen Verfahrens, wenn nämlich:

1. an ordentlichen Gerichtstagen die Parteien freiwillig erscheinen (§ 500 ZPO.), was eine Erinnerung an das germanische Volksgericht ist: die Klage ist hier zu Protokoll zu nehmen;
2. wenn ein Sühneverfahren stattfindet, wozu jeder Teil den anderen (aber ohne Rechtsnachteil) vor das Amtsgericht laden kann, und wenn dann eine Ausgleichung nicht stattfindet und der Kläger seine Klage vorträgt (§ 510 c ZPO.): auch hier ist die Klage zu protokollieren.

b) Unmittelbarkeit gegenüber dem Gericht.

§ 30. Das Gericht soll die Erklärungen der Parteien oder Dritter nicht durch Mittelglieder erlangen, sondern ohne weiteres von den Personen, welche ihm die Belehrungen zu geben haben. Daher sollen die Parteien oder ihre Anwälte, was sie zu sagen haben, ihm ohne weiteres und mündlich sagen; ebenso hat das Gericht die Zeugen, Sachverständige und andere Beweise unmittelbar zu hören; es soll mit den Personen, welche ihm die nötige Auskunft geben, selbst sprechen und namentlich in der Lage sein, ihnen die nötigen Fragen vorzulegen und sich die erforderliche Aufklärung zu verschaffen.

Dieses große Prinzip der Unmittelbarkeit rechtfertigt sich von selbst: jeder weiß, daß eine Vermittlung nur Trübung brächte. Leider kann es nicht durchgehends beobachtet werden: es gibt Fälle, wo insbesondere die Zeugen nicht vor Gericht gebracht werden können: hier muß man sich mit der Aushilfe begnügen, daß die Zeugen von einem beauftragten (oder ersuchten) Richter vernommen werden und die Anwälte darüber dem Gerichte Vortrag erstatten (§§ 355, 375, 285 ZPO.). Heutzutage ist es sogar bei Mehrheitsgerichten die Regel, daß die Zeugen nicht unmittelbar vernommen werden, sondern durch die Vermittlung eines beauftragten Richters. Das Verfahren hat sich gegen den Sinn der PO. eingebürgert; es fehlte leider an einem Mittel, es zu verhindern und dem Gedanken der ZPO. Geltung zu verschaffen, da der § 355 ZPO. die Beschwerde ausschließt [1].

Wie die Unmittelbarkeit den Menschen gegenüber gilt, so gilt sie auch gegenüber den leblosen Sachen: der entscheidende Richter soll eine Augenscheinssache selbst sehen; doch gibt es auch hier Ausnahmen: der Augenschein wird vielfach durch einen beauftragten (oder ersuchten) Richter aufgenommen, worauf die Anwälte über das Ergebnis berichten (§§ 372, 285 ZPO.).

[1] Es ist dieselbe Unnatur wie im gemeinen Prozeß, wo man die Beweise durch Kommissarien erheben ließ, Bamberg. a. 83, Carol. a. 72, Rottweiler HofGO. 1572, I, 22, Kohler, Verfahren v. Rottweil S. 70.

Zweites Buch.

Der Prozeß als Partei- und als Untersuchungsprozeß.

I. Parteiverfahren als Kampfesverfahren.

A. Parteien und ihre Gehilfen.

§ 31. Der Parteiprozeß kennt zwei miteinander im Kampfe befindliche Parteien, den Angreifenden und den Angegriffenen, den Kläger und den Beklagten. Der Prozeß ist ein geistiger Zweikampf[1]. Mehr Parteien kann es nicht geben, und wenn der Schein einer größeren Mehrheit entsteht, so ist dies nur ein Schein, denn in der Tat sind mehrere Prozesse miteinander verbunden: so bei der sogenannten aktiven und passiven Streitgenossenschaft: hier sind es mehrere Prozesse, die äußerlich in Verbindung gebracht sind; wenn z. B. A und B gegen X klagen, so werden zwei Prozesse (A gegen X und B gegen X) aus praktischen Gründen äußerlich zusammengefügt.

Oder auch, es sind nur scheinbar mehrere Parteien vorhanden, in der Tat aber steht auf der einen Seite eine Partei und neben ihr eine andere, ihr helfende Person (Intervenient, streitgenössischer Intervenient).

Die Stellung als Kläger und Beklagter ist eine innerlich verschiedene: die ungünstigste Folge des Prozesses kann für den Kläger nur die sein, daß er abgewiesen wird; eine Verurteilung des Klägers als Kläger ist nicht möglich; — von den Kosten ist hier abzusehen, denn der Kostenersatz ist eine Folge der in dem Prozesse sich entwickelnden finanziellen Verhältnisse, welche besonderen Regeln unterliegen.

Im gemeinen Recht glaubte man allerdings an sogenannte judicia duplicia, wo der Kläger zu gleicher Zeit Beklagter sei und verurteilt werden könne. In der Tat liegen aber hier stets zwei Prozesse vor, ein Klage- und ein Widerklageprozeß. So besonders bei Besitzklagen: wenn der Kläger den Besitz behauptet und beansprucht, so kann auch der Beklagte den Besitz behaupten und beanspruchen; tut er dies, so erhebt er eine Widerklage, und dann wird über Klage und Widerklage zugleich entschieden. Wenn dann der Kläger verurteilt wird, so wird er nicht in seiner Eigenschaft als Kläger verurteilt, sondern in seiner Eigenschaft als Widerbeklagter, also in einem zweiten Prozeß, der mit dem ersten nur formell zusammenhängt. Ähnlich verhält es sich bei den Teilungsklagen. Die Annahme der judicia duplicia beruhte auf systematischer Verkehrtheit[2].

§ 32. Was im Kampfe begriffen, sind Rechte, Rechtslagen und Ansprüche. Meist ist es so, daß der Anspruchberechtigte kämpfend auftritt. Dies ist auch bei den Ansprüchen ohne Recht der Fall; so bei einer testamentarischen Auflage, wo gewisse gesetzlich bezeichnete Personen gegen den Belasteten auf Leistung der Auflage an den Auflagebegünstigten klagen dürfen[3].

Mitunter aber ist ein fremder Anspruch dem schützenden Kampfe eines Dritten preisgegeben. Dies ist allerdings eine Ausnahme; denn, selbst wenn die Person ihre Interessen nicht selbst decken kann, wird dadurch geholfen, daß eine andere Person diese Person und erst mittelbar ihre Interessen schirmt, so im Falle der Stellvertretung, in welchem der Vertreter die ganze Persönlichkeit unter ihre Fittiche nimmt. Davon ist unser Fall verschieden, wenn jemand im eigenen Rechtskreise bleibt, also im eigenen Namen handelt und doch einen fremden Anspruch geltend macht. Das ist eine Ausnahme, beruhend auf der Besonderheit der Rechtsstellung. Man spricht hier von Prozeßstandschaft. Eine solche hat der Ehemann beim gesetzlichen Güter-

---

[1] Vgl. darüber meine Abhandl. über die Philosophie des Zivilprozesses, Arch. f. Rechtsphil. VI, S. 589.

[2] Es ist daher auch sehr bezeichnend, daß im Röm. Recht bei Teilungsklagen ein zweifacher Kalumnieneid zu leisten war und der Prokurator eine doppelte Kaution zu stellen hatte, fr. 44 § 4 fam. herc., fr. 15 § 1 de procurat. (die Schlußworte sind allerdings verdächtig).

[3] Archiv für bürgerliches Recht, XXI S. 259 f. (Zwölf Studien zum BGB. II S. 1 f.)

system für das eingebrachte Gut der Frau (§ 1380 BGB.), eine solche hat der Gläubiger, der während des Prozesses die Forderung abgetreten hat und den Prozeß weiterführt; eine solche hat der Kapitän, wenn nach §§ 696, 761 HGB. gegen ihn (statt gegen den Reeder) Klage erhoben wird [1]. Ein besonders wichtiger Fall liegt dann vor, wenn ein nicht rechtsfähiger Verein verklagt wird: er ist eine juristische Person mit bloß prozessualer Rechtsfähigkeit; er handelt prozessualisch im eigenen Namen; die zivilistischen Rechtsfolgen des Prozesses aber treten in dem Vermögen der einzelnen Vereinsmitglieder ein: denn die juristische Person (als bloß prozessuale Person) selbst hat kein Vermögen; das Vermögen gehört den Vereinsgenossen, und diese werden von der Entscheidung betroffen. Vgl. oben S. 267.

Ein besonderer Fall der Prozeßstandschaft ist gegeben bei dem Prozeß gegen eine unbestimmte Person, welchen man im englischen Rechte Prozeß in rem nennt. Ein solcher Prozeß ist häufig eine Notwendigkeit, wenn der Beginn des Streites drängt und der Beklagte noch nicht bekannt ist. In England gilt dies insbesondere dann, wenn man gegen einen Schiffsreeder prozessualische Schritte unternehmen will und den Reeder nicht kennt: man pflegt in einem solchen Fall die Klage an den Mast des Schiffes zu befestigen [2]. Bei uns wird in solchem Falle gegen den Kapitän geklagt, welcher für den dem Kläger unbekannten Beklagten Prozeßstandschafter ist. Ähnliches gilt ferner beim Verfahren zur Sicherung des Beweises, falls außerhalb des Prozesses Beweise für einen Schaden erhoben werden sollen, der etwaige Entschädigungspflichtige aber noch nicht bekannt ist, § 494 ZPO.; sodann bei einem Prozeß- oder Vollstreckungsverfahren gegen ein Grundstück, das nach § 928 BGB. herrenlos geworden ist, §§ 58, 787 ZPO., eine Bestimmung, die schließlich auch auf Schiffe erstreckt werden mag [3]. In allen diesen Fällen findet ein Prozeß gegen einen gerichtlich aufgestellten Prozeßstandschafter statt, mit der Wirkung, daß die Personen, um die es sich handelt, und die einstweilen noch gar nicht bekannt sind, hierdurch gebunden werden [4]; endlich bei der Nacherbschaft, wenn zur Zeit des Vorerben Prozesse geführt werden sollen, welche die Verhältnisse der noch ungewissen Nacherben betreffen.

§ 33. Von der Prozeßstandschaft muß man ausgehen, um die Intervention zu verstehen: Intervenient ist, wer einer Partei in seinem Interesse zu Hilfe kommt. Hilft er etwa nur durch Rat, Warnung usw., so tritt er zivilprozessualisch nicht hervor. Wirkt er aber im Prozesse durch Rechtshandlungen mit, so wirkt er in bezug auf einen fremden Anspruch; doch unterscheidet er sich vom Prozeßstandschafter dadurch, daß er nicht den Prozeß übernimmt, sondern in einem Prozeß, der für einen Dritten geführt wird, Prozeßhandlungen vornimmt.

Die Intervention ist eine Befugnis der Intervenienten; sie bedarf, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, nicht der Zustimmung der Partei; ob sie gegeben sind und ob er intervenieren darf, wird nötigenfalls durch prozessualisches Zwischenurteil entschieden, gegen welches sofortige Beschwerde zulässig ist, § 71 ZPO. Solcher Interventionen bietet unsere ZPO. zwei Arten, die einfache und die streitgenössische Intervention; ein Unterschied, den schon frühere Rechte erkannten, der aber erst in neuerer Zeit in voller Klarheit ausgeführt worden ist.

Der streitgenössische Intervenient wird nicht Partei, aber er ist der Partei gegenüber selbständig, insofern er auch solche Rechtshandlungen vornehmen kann, die mit der Prozeßtätigkeit der Partei im Widerspruch stehen. Allerdings kann er nur beihelfende Tätigkeiten vollziehen: er kann nicht etwa die Klage zurücknehmen oder eine Widerklage erheben [5] oder eine

---

[1] Gesammelte Beiträge S. 570.

[2] Darauf habe ich schon längst hingewiesen, Gesammelte Beiträge S. 569 (aus Gruchot XXXII). Vgl. jetzt auch Leonhard, Schiffe als Prozeßparteien S. 39.

[3] So LG. Hamburg 14. Juli 1900, Zeitschr. f. Zivilprozeß XXIX S. 242.

[4] Schon in der vorigen Auflage habe ich ausdrücklich erklärt, daß es sich um einen Prozeß gegen unbestimmte Personen handelt und habe den Ausdruck Prozeß in rem deutlich als eine Sprechweise des englischen Rechts gekennzeichnet. Wenn man trotzdem behauptet hat, ich betrachte die Sache als Prozeßpartei, so muß ich mich gegen derartige Mißverständnisse ernstlich verwahren.

[5] Eine zivilistische Tätigkeit, wie Anfechtung, Aufrechnung, kann er nur vornehmen, wenn er zu dieser Tätigkeit als zivilistischer Tätigkeit befugt ist.

Aussetzung begehren, aber er kann Tätigkeiten vollziehen, die denen der Partei widerstreiten; er wirkt nicht nur „supplendi", sondern auch „corrigendi causa"; er kann insbesondere, wenn seine Partei den Anspruch anerkennt, ihn bestreiten; er kann, wenn seine Partei auf ein Rechtsmittel verzichtet, es doch einlegen; er kann, was die Partei zugesteht, verneinen. Von beiden Tätigkeiten gilt dann diejenige, welche der Parteirolle am günstigsten war.

Eine solche streitgenössische Intervention tritt dann ein, wenn der Intervenient, ähnlich wie eine Partei, am Rechtsstreit beteiligt ist, wenn also das Unterliegen der Partei auch ihn in seinem Verhältnis zum Gegner berührt, wie es der Fall ist, wenn gesetzliche und Testamentserben miteinander streiten und der Vermächtnisnehmer intervenient, und vor allem im Fall des § 327 ZPO., wenn der Testamentsvollstrecker prozessiert und der Erbe als Intervenient eintritt. Vgl. § 2213 BGB. und vgl. unten S. 346.

Der einfache Intervenient hat zwar auch das Recht, Parteihandlungen vorzunehmen, er darf aber nur ergänzend, nicht berichtigend wirken: er darf bringen, was die Partei nicht gebracht hat, er darf aber nicht mit der Partei in Widerspruch treten. Er kann beispielsweise Rechtsmittel einlegen, wenn die Partei es unterläßt, nicht aber, wenn die Partei darauf verzichtet hat[1]. Ebenso kann er eine Revisionsbegründung geben, wenn die Partei es unterließ[2], nicht aber, wenn die Partei auf Revision verzichtete. Diese einfache Intervention ist in Rückgriffsverhältnissen gegeben, wo der Intervenient zum Prozeßgegner in keiner Beziehung steht, sondern bloß zu der Partei, der er beitritt. Dieses Interesse kann ein zivilistisches sein, wenn nämlich ein Rückgriffsanspruch materiellrechtlich erst gegeben wird, falls die Partei im Prozeß unterliegt: so war es im römischen Recht bei der Eviktion, denn ein Rückgriff war nicht schon statthaft, wenn der Käufer nicht Eigentümer geworden war, sondern nur, wenn er wegen seines Nichteigentumes prozessualisch verdrängt wurde; der Prozeß hatte daher nicht etwa bloß die prozessuale Funktion, festzustellen, ob der Verkäufer den Käufer zum Eigentümer gemacht hat oder nicht, sondern das Urteil war die zivilistische Voraussetzung des Rückgriffsanspruchs. Das Interesse kann aber auch möglicherweise ein nur prozessualisches sein, indem der Rückgriffsanspruch auch ohne Prozeßentscheidung entsteht und die Prozeßentscheidung lediglich festsetzen soll, daß die Voraussetzungen des Rückgriffsrechts gegeben sind; das Interesse desIntervenienten ist hier nicht, zu verhüten, daß der Rückgriffsfall eintritt, sondern zu verhüten, daß der behauptete (aus zivilistischen Gründen abgeleitete) Rückgriffsanspruch als vorhanden festgesetzt wird. So ist es z. B. nach dem BGB., wenn ein Käufer von einem „Vindikanten" angegriffen wird: der Rückgriffsanspruch ist nach BGB. schon gegeben infolge des Kaufs einer fremden Sache, wenigstens hat der Käufer hier die Rechte der §§ 326, 433, 440 BGB., und die Intervention hat nur die Bedeutung, es zu verhüten, daß das Gericht zu Unrecht die zivilistischen Voraussetzungen dieses Rückgriffsverhältnisses als gegeben annimmt[3].

Dem Rückgriff steht natürlich gleich, wenn jemand einen Ersatzanspruch gegen A und eventuell gegen B hat: der Anspruch gegen B für den Fall der Abweisung des Anspruchs gegen A ist eine Form des Rückgriffs im weiteren Sinne (Andersgriff).

Dagegen würde ein bloß faktisches Interesse nicht genügen, z. B. wenn der verpflichtete B dadurch eine Erleichterung erhoffte, daß neben ihm auch noch andere Personen haften; dieses Interesse ist kein rechtliches Interesse und daher für die Intervention nicht genügend.

Für die Intervention hat sich nun folgender Grundsatz entwickelt: der Intervenient kann in den Prozeß einwirken und dadurch zu einem günstigen Erfolge verhelfen; jedenfalls aber, ob der Erfolg günstig oder ungünstig ist, wird die Rechtswirksamkeit des Urteils auf ihn erstreckt, bei der streitgenössischen Intervention unmittelbar, bei der einfachen Intervention insofern, als das Urteil eine Präjudizialfrage des Rückgriffsprozesses erledigt, die Frage nämlich, ob die Voraussetzung des Rückgriffsanspruchs gegeben ist. Der Gedanke ist der: wer am Prozeß teilgenommen hat, darf den Prozeß nicht von sich ablehnen.

[1] Die Rechtshandlungen der Intervenienten bleiben für den Prozeß bestehen, auch wenn der Intervenient nachträglich von der Intervention zurücktritt, RG. 23. 11. 1905 Entsch. 61 S. 286.
[2] RG. 11. 1. 1911 JW. 40 S. 223.
[3] RG. 28. 10. 1911 Entsch. 77 S. 360 und 14. 3. 1912 Entsch. 79 S. 81, OLG. Hamburg 7. 3. 1911 Mugdan 23 S. 96.

Dieser Gedanke ist von großer sozialer Bedeutung, denn er bewirkt, daß zusammenhängende Verhältnisse zusammenhängend bleiben und daß nicht bezüglich des einen so, bezüglich des anderen anders entschieden werde.

Darauf bauend, hat man folgendes gestaltet: man hat der Partei die Befugnisse gegeben, denjenigen, welchen sie in diese Lage zu versetzen wünscht, auch gegen seinen Willen in den Prozeß hineinzuziehen durch sogenannte Streitverkündung: ist der Streit verkündet, so muß er sich den Erfolg des Prozesses gefallen lassen, ob er eintritt oder nicht (§§ 72 ff. ZPO.) [1].

Voraussetzung ist, daß der Intervenient so frühzeitig eingetreten oder (bei der Streitverkündung) daß ihm so frühzeitig der Streit verkündet worden ist, daß er nach diesem Zeitpunkte noch genügend in den Prozeß einwirken konnte, sowie daß ihm die Einwirkung auch nicht durch die widerstreitende Tätigkeit der Partei unmöglich gemacht worden ist (§§ 68, 74 ZPO.).

Dabei ist unsere PO. stehengeblieben; leider: sie hat die große Weiterbildung des germanischen Rechts nicht mitgemacht. Die ganze Einrichtung der Streitverkündung beruht auf germanischer, ja, indogermanischer Grundlage: es war alter Brauch, daß der Käufer, der mit der Vindikation belangt war, den Verkäufer heranzog, schon deshalb, um sich von der Diebstahlsbeschuldigung zu reinigen; dieser wurde Beklagter und führte den Prozeß zu Ende; mit dem Prozeß wurde zugleich das Verhältnis zwischen dem Beklagten und dem eingetretenen Streitverkündeten bereinigt. In späterer Zeit blieb der Beklagte Partei, und der Streitverkündete trat nur als Intervenient ein. In der gemeinrechtlichen Entwicklung fiel nun die Bereinigung zwischen Intervenienten und Beklagten aus dem Prozeß heraus: sie mußte im besonderen Prozeß erfolgen; aus einem Prozeß wurden zwei; und so auch die deutsche ZPO. Dagegen hat sich der germanische Gedanke im französisch-italienischen und englischen Recht erhalten: das erstere hat die assignation en garantie [2], die azione di garanzia, das englische Recht die third party notice [3]. Auf diese Weise ist dem germanischen Satz von der sozialen Bedeutung des Prozesses eine neue Seite abgewonnen. Wir sind leider zurückgeblieben; denn es ist ein unleidiges Verhältnis, wenn aus bloß doktrinären Gründen die Erledigung verzögert und aus einem Prozeß zwei gemacht werden.

Eine besondere Art der Streitverkündung ist diejenige, welche man laudatio auctoris zu nennen pflegt, wenn der unmittelbare Nichteigenbesitzer, mit einer Vindikation belangt, dem mittelbaren Eigenbesitzer den Streit verkündet, damit er in den Prozeß eintrete, entweder als streitgenössischer Intervenient oder als Rechtsnachfolger in der Parteirolle (§ 76, vgl. auch § 77 ZPO.). Letzteres ist die Regel; daher ist hiervon später (S. 335) zu handeln.

§ 34. Der Prozeßstandschaft verwandt ist der Prozeß mit künstlicher Parteibildung: eine alte, namentlich im kanonischen Recht viel benutzte Einrichtung, welche hier namentlich dazu diente, im Wege des Zivilprozesses Fragen festzustellen, die außerhalb der zivilrechtlichen Ansprüche lagen (z. B. Gültigkeit der Wahlen oder der Ernennung). Bei uns handelt es sich erstens um die Feststellung von Rechtslagen des Personenrechts, bei denen es an der Zweiheit der Parteistellung fehlt. So im landgerichtlichen Prozeß über Anfechtung oder Aufhebung der Entmündigung (§§ 664 f., 769 f., 684 f., 686 ZPO.): wenn der durch Gerichtsbeschluß Entmündigte gegen den Staatsanwalt klagt auf Feststellung, daß die Voraussetzungen der Entmündigung nicht gegeben sind, so wird der Staatsanwalt künstlich vorgeschoben, damit überhaupt ein defensor vorhanden ist, dem gegenüber der Feststellungsprozeß stattfindet. Von dem Fall der Prozeßstandschaft unterscheidet sich dies dadurch: bei der Prozeßstandschaft wird ein Anspruch zwischen A und B vorausgesetzt, bei welchem aber C an Stelle des A als Prozeßpartei auftritt; in unserem Falle besteht überhaupt kein Anspruch, sondern nur ein Feststellungsinteresse: soll dieses im Wege des Parteiprozesses befriedigt werden, so muß man

[1] Dies ist die logische Entwicklung. Geschichtlich hat sich die Sache anders gestaltet, wie sich dies sofort ergeben wird.

[2] So schon das altfranzösische Recht, so die Coustumes de Champaigne et Brie a. 36 Bourdot de Richebourg III p. 215), so die Coutumes notoires du châtelet von Paris a. 67 und Jean des Mares a. 140 (in Brodeau, Cout. de Paris, II p. 538, 576) u. a.

[3] Rules of the Sup. Court Ordre XVI r. 50, 51, Chitty p. 211 f.

Parteien haben; diese Parteien haben überhaupt nur eine prozessualische, keine zivilistische Funktion.

Oder es handelt sich um Interessen, die über das Bereich der Einzelperson hinausgehen; so im Aufgebotverfahren. Hier kann eine künstliche Partei geschaffen werden, um im Wege des Parteiprozesses Verhältnisse zu regeln, die außerhalb des Individualkreises liegen, in welchem sich sonst der Parteiprozeß bewegt (§§ 957, 974 ZPO.). Wenn z. B. der für tot Erklärte gegen den Staatsanwalt die Feststellung erwirkt, daß er nicht tot sei, so fungiert der Staatsanwalt nur als Figurant, um es zu ermöglichen, daß eine die Todeserklärung als unzutreffend darstellende Feststellung ergeht.

§ 35. Die heutzutage alltägliche Stellvertretung im Prozeß hat längere Kämpfe gekostet als die Stellvertretung im Zivilrecht: natürlich, denn namentlich im alten Rechte ist die prozessuale Wirksamkeit eine sehr persönliche, und wo Gottesurteile und Eide eine hervorragende Rolle spielen, da geht es nicht an, daß ein anderer die Prozeßtätigkeit vollzieht und den Prozeß auf sich nimmt. Wird aber der Prozeß rationeller, so wird sich die Idee der Stellvertretung immer mehr Geltung verschaffen, und von dem älteren System wird nur der Grundsatz übrigbleiben, daß das Gericht, wenn es zu seiner eigenen Belehrung es nötig findet, die Partei selber vorfordern kann unter dem einen oder anderen Rechtsnachteil.

Die Stellvertretung unterscheidet sich von der Prozeßstandschaft wesentlich, da der Stellvertreter die Prozeßhandlungen im Namen des Vertretenen ausübt und es bewirkt, daß die prozessualen und zivilistischen Folgen unmittelbar auf den Kopf des Vertretenen, nicht auf den des Vertreters fallen. Sie unterscheidet sich aber auch von der Stellung des procurator des römischen Rechtes; dieser handelte im eigenen Namen, und er handelte auch nicht als Prozeßstandschafter, denn durch die Litiskontestation war der materielle Anspruch in seinen Anspruch oder in einem Anspruch gegen ihn verwandelt worden: er handelte darum nicht für einen fremden Zivilanspruch, sondern für den eigenen; und wenn nachträglich eine Ausgleichung erfolgte und das Ergebnis des Prozesses auf den dominus übertragen wurde, so war dies eine zivilrechtliche Übertragung eines dem procurator erworbenen Rechts oder eine zivilrechtliche Übernahme einer dem procurator aufgebürdeten Pflicht. Diese Absonderlichkeit des römischen Rechts muß deswegen hervorgehoben werden, weil im Mittelalter, und nach manchen Rechten sogar heutzutage, auf Grund dessen von einem dominium litis gesprochen wurde, kraft dessen der Stellvertreter zum Herrn des Prozesses werde; davon kann heutzutage nicht mehr die Rede sein. Aber auch für das heutige Recht ist aus jener Gepflogenheit mehreres geblieben; namentlich hat der Satz, daß durch Tod der Partei die Stellvertretung nicht erlischt (§ 86 ZPO., vgl. §§ 168, 672 BGB.), hierdurch eine wichtige Förderung erfahren.

Die freiwillige Stellvertretung beruht auf Vollmacht, für welche die Grundsätze des bürgerlichen Rechts gelten. Der Nachweis der Vollmacht durch (auf Verlangen) beglaubigte Vollmachtsurkunde kann vom Gericht verlangt werden, entweder von Amts wegen (§§ 80, 613, 640, 641) oder nur auf Antrag (§ 88 ZPO.). Unter Umständen muß sie eine spezielle, besondere sein (§§ 613, 640, 641 ZPO.).

Die wichtigste Vertretung der Parteien ist heutzutage die Vertretung durch Rechtsanwälte.

Die Rechtsanwälte sind Personen, welche in einer vom Gesetze allgemein zugelassenen Weise[1] die Vertretung von Parteien vor den Gerichten übernehmen. Der Anwaltsstand in unserem Sinne hat sich im Mittelalter aus dem Stande der Fürsprechen entwickelt, unter Einwirkung des römischen und romanischen Instituts der gelehrten Rechtsbeistände, der advocati. Die Fürsprechen der altdeutschen Rechte hatten allerdings nur eine formale Tätigkeit: sie sprach die Prozeßformeln aus und nahmen der Partei die Gefahr des Prozesses ab; denn der Prozeß war gefährlich, und wenn eine Form nicht richtig ausgesprochen war, so war die Erklärung wirkungslos und konnte nicht wiederholt werden. Späterhin, als die Gefahr des Prozesses aufhörte und man den Prozeß mehr rationell behandelte, war es Sache der Fürsprechen, in sachkundiger Weise die Erklärung der Parteien vorzubringen, und so entwickelte

[1] Im Gegensatz zu den nur bedingt zugelassenen Prozeßagenten (§ 157 ZPO.).

sich das Institut der Sprechanwälte. Diese Sprechanwälte traten (wie die advocati) in Gegensatz zu den procuratores, den Vertretern der abwesenden Parteien, und so bildete sich ein Stand der procuratores und ein Stand der advocati. Wir finden die Trennung im kanonischen Rechte ausgeprägt; in Durantis steht ein Kapitel über die Prokuratoren und eines über die advocati (I 1 § 3 und I 1 § 4), und ebenso bei Beaumanoir c. 4 und 5, und noch in den deutschen Kammergerichtsordnungen werden beide genannt (z. B. von 1555 I 18 und 19); ebenso werden beide bei dem Rottweiler Hofgericht unterschieden[1]; doch der Unterschied verblaßte hier und verschwand in Deutschland.

In romanischen Ländern aber hat sich dieses Doppelsystem erhalten, indem die Nachfolger der Prokuratoren, die sogenannten avoués (früher procureurs), die eigentlichen Prozeßfunktionen statt der Parteien zu besorgen haben, während die Ausführung der Rechtssätze und die geistige Darlegung des Rechtsfalles einem anderen, viel höher stehenden Stande, dem Stande der Advokaten, zukommt. So ist es in Frankreich und in Italien. Auch in England unterscheidet man demgemäß zwei Arten von Rechtsanwälten, solicitors und barristers. In Deutschland hat sich dieser Unterschied nicht wieder entwickelt: die Rechtsanwälte übernahmen sowohl die formelle Tätigkeit als auch die vergeistigte Darlegung der Sache, und so ist es bis heute geblieben; auch in den Rheinlanden hat sich das französische System nicht aufrechterhalten. Trotzdem sprechen für diese Unterscheidung wesentliche Gründe; denn wer die Befähigung hat, einen Rechtsstreit geistig zu beherrschen, der hat nicht auch die Befähigung zu jener aufopferungsvollen Pünktlichkeit, welche der mit so vielen Formen und Fristen durchsetzte Prozeßbetrieb verlangt. Bei uns kann dieser Mißstand nur dadurch ausgeglichen werden, daß der Rechtsanwalt einen guten Geschäftsmann als Bureauchef hat[2].

Im übrigen gilt bei uns nach der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878[3] der Grundsatz, daß die Rechtsanwälte Personen sein müssen, welche die Befähigung für das Richteramt haben. Sodann herrscht bei uns der Grundsatz der Freiheit insofern, als nirgends ein numerus clausus besteht, auch nirgends die Zulassung eines Anwalts wegen Mangel an Bedürfnis verweigert werden darf: wer objektiv die gesetzlichen Erfordernungen erfüllt, ist zuzulassen. Nur beim Reichsgericht besteht eine Ausnahme: hier hängt es vom freien Ermessen des Präsidiums ab, ob ein Anwalt, der sonst die Voraussetzungen eines Rechtsanwalts hat, zugelassen wird oder nicht.

Endlich gilt der Grundsatz der Verörtlichung: regelmäßig ist der Rechtsanwalt nur bei einem Gerichte zugelassen, und er muß bei diesem Gerichte auch seinen Wohnsitz nehmen.

Der Grundsatz der Verörtlichung kommt insbesondere in allen Streitsachen in Betracht, wo der Anwaltszwang herrscht (oben S. 268 f.); hier muß die Partei durch einen Anwalt des Prozeßgerichts vertreten sein, dem sie nicht nur für einzelne Prozeßhandlungen, sondern für den ganzen Prozeß Vollmacht gibt; dementsprechend hält sich das Gericht nur an den Anwalt und verkehrt nur mit ihm.

§ 36. Die Anwälte üben einen Beruf, kein Gewerbe; wenn sie daher auch Vergütung beanspruchen und aus dieser Vergütung ihren Lebenserwerb schöpfen, so darf doch der Erwerb nicht als die Seele des Ganzen hervortreten: der Erwerb muß stets als das Untergeordnete gelten, als Kehrseite der Anwaltstätigkeit, deren Hauptzweck es sein muß, das Recht zu verwirklichen, dem Unrecht zu steuern und den Schwachen gegen den Unterdrücker, den Berechtigten gegen den Rechtsverletzer und Rechtsverächter zu schützen[4]. Im übrigen haben die Rechtsanwälte Vergütungs(Honorar-)ansprüche; sie können darüber auch mit den Parteien Verträge schließen; in Ermangelung gelten die gesetzlichen Gebührensätze. Eine Einklagung der Gebühren,

[1] Kohler, Verfahren des Hofgerichts Rottweil S. 60.

[2] Über die gesetzgeberische Frage vgl. Pacaud, Lenteurs et frais p. 260 f. In Frankreich hat man seinerzeit durch Gesetz von 1561 vergebens versucht, beide Berufe zu vereinigen (Recueil des anc. lois franç. XIV p. 112 f.). In Italien ist die Vereinigung beider Berufe möglich und scheint in der Gegenwart ziemlich häufig zu werden.

[3] Sie ist in wenigen Punkten geändert durch Gesetz vom 22. 5. 1910.

[4] Zu den Pflichten des Anwalts gehört auch die loyale Betätigung. Mit Recht hat man wissentlich wahrheitswidrige Prozeßangaben des Anwalts ehrengerichtlich bestraft, Entscheidung des Ehrengerichtshofs VIII, 178. Der Lüge im Prozeß muß natürlich die Rechtsanwaltschaft fernbleiben.

die in Frankreich als unwürdig gilt, ist nach unserem Gesetze nicht ausgeschlossen und wird durch unsere Sitten nicht mißbilligt. Über die Gebühren besteht eine Gebührenordnung ursprünglich vom 7. Juli 1879, mit Abänderung vom 17. Mai 1898, vom Reichskanzler 20. Mai 1898 neu bekanntgemacht, und mit neuerlichen Abänderungen vom 1. Juni 1909 und 22. Mai 1910.

Der Beruf der Anwälte steht unter der beruflichen Disziplin des aus der Anwaltskammer gebildeten Ehrengerichts und in zweiter Instanz des Ehrengerichtshofs, bei welchem neben den Reichsgerichtsanwälten auch Mitglieder des Reichsgerichts tätig sind.

B. Verhältnis der Parteikampftätigkeit zur richterlichen Betätigung.

§ 37. Der geistige Kampf erfolgt in der juristischen Form eines Rechtsverhältnisses, wie noch unten (S. 306 f.) darzulegen ist. Daraus ergibt sich aber für unsere Frage folgendes[1]: Ist der Zivilprozeß ein Rechtsverhältnis, so muß er durch ein Rechtsgeschäft erregt werden; dieses Rechtsgeschäft ist regelmäßig die Klage: die Klage aber ist ein einseitiges ankunftsbedürftiges Rechtsgeschäft, bestehend in einer klägerischen Willenserklärung.

Daß also eine Parteitätigkeit den Prozeß ins Leben ruft, ist eine Erscheinung, die den Grundsätzen des Rechtsverhältnisses entspricht und überall im bürgerlichen Recht ihre Ähnlichkeiten hat. Es ist daher völlig abwegig, wenn man den Grundsatz „judex ne procedat ab officio", „ohne Kläger kein Richter", als speziellen Prozeßgrundsatz hat aufstellen wollen: er ist in der Rechtsverhältnisnatur des Prozesses begründet. Er beruht auch schon auf der Kampfnatur des Prozesses; denn der Staat hat kein Recht, zwei Teile, die Frieden haben wollen, in Kampf zu setzen.

Ebenso versteht es sich von selbst, daß das Rechtsverhältnis nicht über dasjenige hinausgehen darf, was durch die Klage als Rechtsgeschäft umfaßt wird. Die Klage ist ein Rechtsgeschäft, welches einen bestimmten Inhalt als das Ziel seines Strebens kundgibt; ist aber dies der Fall, so ist es klar, daß nur der in der Klage angegebene Inhalt zum Gegenstand des Prozeßverhältnisses wird, und daß dieses daher nicht über das Klagebegehren hinausgehen darf; denn das Rechtsverhältnis darf nicht weiter gehen, als das Rechtsgeschäft es erheischt. Daraus ergibt sich für jeden durch Klage erhobenen Prozeß der Satz „judex ne eat ultra petita actoris"; so § 308 ZPO.; — die Ausnahme, die hier für den Prozeßkostenersatz besteht, ist in der Tat keine Ausnahme, wie bereits oben S. 292 erwähnt wurde.

Daraus geht ferner hervor: gibt der Kläger die Klage auf, so kann das Gericht nicht weiter fortfahren; es hat nur den Prozeß insofern weiterzuführen, als nötig, um das geschaffene Rechtsverhältnis zu lösen.

Was aber die Stellung des Beklagten betrifft, so gilt nicht das gleiche: es gilt nicht der Satz, daß ein Prozeß nur stattfindet, wenn der Beklagte streiten will; es gilt nicht der Satz, daß ein Prozeß nur insofern stattfindet, als der Beklagte streiten will. Das Prozeßverhältnis wird durch einseitiges, nicht durch zweiseitiges Rechtsgeschäft eröffnet. Anders war es vielfach in früherer Zeit; es war germanischer Grundsatz gewesen, daß der Prozeß nur durch Urteilsgelöbnis des Beklagten erledigt werden könne, also nur, wenn der Beklagte mitwirkt. An Stelle des Gelöbnisses trat im kanonischen Recht die an einem bestimmten Termin vorzunehmende Litiskontestation (Streiteinlassung): diese Einlassung aber war eine heilige Pflicht, und der Beklagte, welcher sich ihr entzog, wurde von der Bürgergemeinschaft oder von der Gemeinschaft der Kirche ausgeschlossen.

Diesen Standpunkt haben wir aufgegeben: wir gestatten einen Prozeß auch ohne Zutun des Beklagten. Eine sogenannte Einlassungspflicht des Beklagten haben wir daher nicht; der Beklagte kann (wenn er die Vermögensfolgen tragen will) mit gutem Gewissen ausbleiben. Wie aber, wenn der Beklagte eintritt, aber den Klaganspruch anerkennt? Diese Frage ist nicht gleichheitlich zu beantworten, sondern, mit Unterscheidung zwischen Vermögens- und Familienprozeß. Darüber S. 300 f.

Anders verhält es sich mit der Sammlung des Rechtsstoffes. Wenn im Prozesse entschieden werden soll, so müssen dem Richter Tatsachen vorgelegt werden, und der Richter hat zu prüfen:

[1] Prozeß als Rechtsverhältnis S. 17 f.

1. ob aus diesen Tatsachen das Klagebegehren hervorgeht;
2. ob diese Tatsachen begründet sind.

Zum Nachweis des letzteren können die sogenannten Beweismittel dienen. Es fragt sich nun, ob der Richter von sich aus Tatsachen berücksichtigen, ob er von sich aus Beweise herbeiziehen und erheben kann.

Diese Frage ist nicht mit der Frage zu verwechseln, ob der Richter nur die ihm als Richter zugekommenen Tatsachen und Beweise berücksichtigen darf[1], oder auch diejenigen, welche ihm als Privatmann zukommen. Hier sprechen überwiegende Gründe dafür, daß er nur zu berücksichtigen hat, was ihm als Richter zukommt, und wenn er etwa als Privatmann freiwilliger oder unfreiwilliger Zeuge eines für den Prozeß wichtigen Geschehens war, so ist es seine Sache, dieses als Zeuge zu bekunden und nicht es als Richter zu würdigen, vgl. § 41 Z. 5 ZPO.

Eine andere Frage ist, ob er das, was ihm als Privatmann zukommt, in seinen richterlichen Kreis ziehen kann, so daß er es als Richter wahrnimmt und als Richter berücksichtigt. Im Strafprozeß und Verwaltungsprozeß ist dies sicher der Fall; im Zivilprozeß hat man es nur allmählich und zögernd zugelassen. Man hat hier zu unterscheiden zwischen Tatsachen und Beweismitteln, und von den Tatsachen kommen zunächst die notorischen Tatsachen in Betracht.

Notorische Tatsachen kommen dem Richter stets nicht nur als Privatmann, sondern auch als Richter zu; denn was so allgemein bekannt ist, daß es jeder, der einem bestimmten Kreise angehört, im regelmäßigen Laufe der Dinge wissen muß, das ist dem Richter natürlich auch in seiner Eigenschaft als Richter bekannt; allerdings kommen bei dem notorium auch die speziell gerichtskundigen Tatsachen in Betracht, und als gerichtskundig ist alles anzunehmen, was dem Richter in seiner Eigenschaft als Richter bekannt wird, sei es auch in einem anderen Prozesse, oder sei es in einer anderen Funktion z. B. als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Hierbei ist noch folgendes in Betracht zu ziehen: Was dem Richter nicht notorisch ist, kann anderen Leuten notorisch sein. Die anderwärtigen notorischen Tatsachen sind natürlich nicht gerichtskundig, aber der Richter kann, wenn im Laufe des Verfahrens ihm bekannt wird, daß derartige Tatsachen bei anderen Leuten notorisch sind, über diese Notorietät einen Beweis erheben. Wenn man daher behauptet hat, daß ein Beweis über notorische Tatsachen ausgeschlossen sei, so ist dies vollkommen unrichtig.

In bezug auf die nichtnotorischen Tatsachen ist zu unterscheiden: 1. Alles, was im Laufe des Prozesses zur Kenntnis des Richters gelangt, kommt dem Richter als Richter zu und kann von ihm berücksichtigt werden, also beispielsweise auch eine Tatsache, die ein Zeuge erzählt: diese kann der Richter berücksichtigen, auch wenn sie von keiner Partei behauptet worden ist; z. B. die Parteien haben über die Frage der Hingabe des Darlehens gestritten und die Rückzahlung war gar nicht behauptet worden; der vom Richter vernommene Zeuge sagt, er habe gesehen, wie das Darlehen zurückbezahlt worden sei: der Richter hat die Rückzahlung zu berücksichtigen. Andere nicht notorische Tatsachen, die der Richter als Privatmann erfährt, können nur dann dem Richter als Richter zukommen, wenn er etwa im Prozeß die Parteien darüber befragt, und wenn auf Grund dessen darüber verhandelt wird; denn dann sind sie vor Gericht gezogen worden. Sollte der Richter aber diese Tatsachen als Zeuge wahrgenommen haben, dann ist er als Zeuge, nicht als Richter im Prozeß zu verwenden.

Eine sehr wichtige Bestimmung der ProzeßO. ist, daß, wenn beide Parteien über eine Tatsache übereinstimmen, der Richter die Tatsache annehmen soll, § 288. Der Grund liegt aber nicht darin, daß etwa die Parteien dem Richter eine solche Situation aufdrängen dürfen, auch nicht darin, daß der Richter für den Frieden der Parteien wirken und sie daher da nicht auseinandertreiben soll, wo sie übereinstimmen[2]; sondern der Grund liegt darin, daß der Richter in einem solchen Falle keinen Grund hat, das Gegenteil anzunehmen, und regelmäßig wird es ihm auch kaum möglich sein, von sich aus Nachforschungen anzustellen, um die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Parteibehauptungen zu kontrollieren. Ein Verlangen des

[1] Über diese schon bei den Glossatoren viel behandelte Frage vgl. meine Abhandl. im Arch. f. Strafrecht 60 S. 206 f. und in d. Rhein. Zeitschrift VI S. 1 f.

[2] Wie Pagenstecher, Zur Lehre der materiellen Rechtskraft S. 216 annimmt; denn über allem steht das Prinzip der Wahrheit.

Richters an die Parteien, Beweise für die zugestandenen Tatsachen zu bringen, würde von den Parteien mit der Bemerkung beantwortet, daß der Richter ja ebensogut Beweise für das Gegenteil verlangen könnte, da kein genügender Grund vorliegt, eher die Tatsache A als die Gegentatsache B anzunehmen. Nur in drei Fällen gibt es Ausnahmen: 1. wenn das Gegenteil der zugestandenen Tatsache notorisch ist; 2. wenn das Gegenteil sich aus den Vorgängen des Prozesses, insbesondere den Zeugenaussagen, ergibt (wie in dem obigen Fall); 3. wenn höhere Gründe dafür sprechen, daß der Richter eher für die Tatsache A als für die Gegentatsache B Beweis fordert. Ein Hauptfall zu 3 ist der Fall des Ehe- und Familienprozesses, wo es sich vielfach um Dinge des öffentlichen Interesses handelt, bei denen der Richter das Nichtsein annehmen soll, solange er sich nicht durch besondere Gründe für das Sein eine Überzeugung verschafft hat, wo also Sein und Nichtsein nicht gleichheitlich einander gegenüberstehen, sondern gerade das Sein der Tatsachen die öffentlichen Interessen am tiefsten berührt; so z. B. wenn es sich um Tatsachen handelt, welche die Nichtigkeit oder Scheidung der Ehe zur Folge haben. Man spricht hier vom Offizialprinzip; aber der Grund ist nicht der, daß eigentlich ein anderes Prinzip gilt, sondern der, daß es sich hier um Tatsachen handelt, über welche eine richterliche Überzeugung speziell nach der positiven Seite hin erforderlich ist, §§ 617, 640 f., 670 ZPO.

§ 38. Für die Beweismittel gelten andere Erwägungen: viele Beweismittel werden sich dem Richter von selber aufdrängen: der Richter kann Augenscheine vornehmen, Sachverständige hören, den Parteien Eide auferlegen, ohne daß er dazu der Parteianträge bedarf; insbesondere wird, was die Person der Sachverständigen betrifft, der Richter ohne weiteres wissen, an wen er sich zu wenden hat, und wenn nicht, so gibt es Leute genug, die ihm Auskunft geben können (§ 144 ZPO.). Was aber Urkunden und Zeugen betrifft, so hat man vielfach geglaubt, dem Richter eine größere Zurückhaltung auferlegen zu müssen; insbesondere hat man den Richter dahin beschränkt, daß er nur diejenigen Zeugen benutzen dürfe, welche von den Parteien vorgeschlagen worden sind. Dafür kann als Grund angeführt werden, daß seine Kunde von dem einen oder anderen Zeugen eine zufällige sein kann [1], und daß auf solche Weise die Richtertätigkeit zum Spiel des Zufalls würde. Indes ist dies nicht durchschlagend, denn in vielen Fällen werden sich die Zeugen aus den von den Parteien erwähnten Umständen von selber ergeben, und es kann jeweils dem vernünftigen Ermessen des Richters anheimgestellt werden, zu prüfen, ob die vorgerufenen Zeugen ein richtiges Bild von der Sache geben werden oder nicht. Während die deutsche ZPO. noch an dem älteren Standpunkt festgehalten hat, daß der Richter in der Person der Zeugen an die Parteianträge gebunden ist, hat z. B. die österreichische ZPO. in dem berühmten § 183 und die ungarische ZPO. in § 288 dem Richter auch hier freie Hand gegeben. Bezüglich des Urkundenbeweises könnte gleichfalls dem Richter eine größere Freiheit gestattet werden, da das Urkundenwesen vielfach offen zutage liegt und der Richter ohne weiteres aus den Umständen entnehmen kann, wo sich die Urkunden befinden. Auch hier geht die österreichische ZPO. § 183 weiter als die unserige, und insbesondere ist es dort dem Richter gestattet, Urkunden, die bei öffentlichen Behörden liegen, dann zu erheben, wenn eine Partei sich darauf bezogen hat, während unsere ZPO. dies nur bezüglich der im Besitz der Parteien befindlichen Urkunden bestimmt (§ 142 ZPO.). Und noch weiter geht die ungarische ZPO. § 326, wonach das Gericht die Vorlegung von Urkunden verlangen kann, wenn auch nur aus den Ergebnissen das Beweisverfahren zu entnehmen ist, daß sich die Urkunde im Besitz einer Partei befindet. Vgl. jetzt auch die Züricher ZivilprozeßO. vom 13. 4. 1913 § 166.

C. Ineinandergreifen der Kampfestätigkeit.

Anerkenntnis, Kongruenz, Versäumnis.

§ 39. Das Anerkenntnis der Klage von seiten des Beklagten erledigt die Frage über den Klageanspruch oder das Feststellungsbegehren in der Art, daß der Richter vom Standpunkte des Anerkenntnisses zu urteilen hat. Doch gilt dies nur in Vermögens-, nicht in Familienstreitsachen (§ 306 617, 640, 670), und es gilt auch in Vermögenssachen nur, sofern der Richter nicht die Überzeugung gewinnt, daß das Anerkenntnis eine Unsittlichkeit oder

[1] In dieser Weise habe auch ich mich seinerzeit beholfen; Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 29.

Rechtswidrigkeit verbirgt. Der Grundsatz der Kongruenz oder des Zusammenstimmens der Erklärungen aber[1] besteht in folgendem: Das Tatsachenvorbringen des einen muß stets von der anderen Seite eine Erwiderung erfahren; der darin enthaltene Angriff muß zurückgewiesen werden, da sonst der Angriff unpariert sitzen bleibt und daher die Tatsache so angesehen wird, als wäre sie dem Gegner gegenüber festgestellt. Dies gilt indes nur dann, wenn die Tatsache unbeantwortet bleibt; die Beantwortung kann aber auch nachträglich erfolgen, auch in höherer Instanz, und dann fällt diese Wirkung weg. Auch kann die Beantwortung nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen; man darf daher den Grundsatz der Kongruenz nur dann anwenden, wenn nicht aus dem ganzen Verhalten des Gegners eine Leugnung der Tatsache hervorgeht: dies ist dem richterlichen Ermessen anheimgegeben; und da es zudem Pflicht des Richters ist, in solchen Fällen zu fragen und eine ausdrückliche Erklärung zu erwirken, so wird das Gebiet dieses Grundsatzes mehr und mehr eingeengt. Er stammt aus dem kanonischen Rechte: hier galt zunächst der Grundsatz, daß derjenige, der auf die Positionen, d. h. auf die in jedem Prozesse üblichen Einzelbehauptungen, nicht erwiderte, durch Strafe zur Erwiderung angehalten wurde[2]; seit Bonifatius VIII. strafte man nicht mehr, sondern man ließ dasjenige eintreten, was man poena confessi[3] nannte; diese hatte allerdings im kanonischen Recht ihren festen Hintergrund, weil der Kläger die Positionen zu beschwören pflegte, wodurch dieses Verfahren gegen den Beklagten noch besonders gerechtfertigt wurde. Nach der ZPO. gilt der Satz bezüglich der Tatsachen, er gilt auch bezüglich der Privaturkunden, denn das Nichtbestreiten gilt als Zugeständnis der Echtheit (§§ 138, 439 ZPO.).

Und ebenso entsteht eine Rechtslage, wenn die Partei eine Urkunde, welche sie vorlegen soll, nicht vorlegt: die Behauptungen des Gegners über Inhalt und Beschaffenheit der Urkunde können als richtig angenommen werden (§ 427 ZPO.), d. h. der Richter hat sie als richtig anzunehmen, wenn er keine Gründe für das Gegenteil findet. Dasselbe muß von Augenscheinsgegenständen gelten; und das gleiche gilt, wenn eine Partei arglistig eine Urkunde beseitigt hat (§ 444 ZPO.).

§ 40. Bei dem Versäumnis des Beklagten geht die Rechtsordnung entweder davon aus, daß ohne Zutun der Parteien, namentlich auch des Beklagten, kein Prozeß möglich sei (S. 298): dann muß man den Beklagten mit möglichst strengen Mitteln zum Erscheinen zwingen, soll das Recht nicht ein toter Buchstabe bleiben und einfach in die Gnade des Schuldners gestellt sein. So war das fränkische Verfahren, so das kanonische: man zwang den Schuldner durch Friedloserklärung, Exkommunikation, durch Vermögenseinweisung des Klägers (possessio tedialis) usw.

Oder aber man führt den Prozeß zu Ende, auch wenn der Beklagte nicht erscheint, so daß man also auf einseitige Klage hin das Prozeßverhältnis zur Abwicklung bringt. Das konnte schon im römischen Rechte unter bestimmten Umständen geschehen; jedoch war der Rechtsgang in solchem Fall ein äußerst langwieriger. Im Mittelalter hat sich dieses System in den italienischen Städten entwickelt; durch die berühmte Clementina Saepe von 1306 ist es für eine große Reihe von Prozessen gebilligt worden, und die Bestimmung dieser Clementina ist bald darauf mehr oder minder allgemein geworden. Im Reichskammergerichtsprozeß allerdings bestand das doppelte System, das System der Beugung des Schuldners und das System der einseitigen Prozeßführung, nach Wahl des Klägers bis zum Jahre 1654 fort; im jüngsten Reichsabschied aber wurde das Beugesystem (für die Regel) aufgehoben, und das System der einseitigen Durchführung des Prozesses war nun das einzige[4].

---

[1] Von mir aufgestellt im Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 46 f.

[2] Tancredus de ord. jud. III § 4: illum non condemnandum tanquam confessum, sed tanquam contumacem ad arbitrium judicis puniendum.

[3] Haberi debet super iis, de quibus in eisdem positionibus interrogatus extitit, pro confesso, c. 2 in 6° de confessis (2,9). Vorherige Befragung war mithin erforderlich. Allerdings noch 1445 findet sich in den Statuten von Castellarquato II 57 die Bestimmung, daß der potestas bei Nichtbeantwortung der positiones den Säumigen compellere teneatur ... mulctam indicendo, pignora capiendo, personam detinendo; so auch 139; ähnlich in Piacenza II 53 (Mon. hist. ad prov. Parm. pert. I 6 p. 285).

[4] Einzelheiten der Entwicklung in „Ungehorsam und Vollstreckung" S. 56 ff. Die dortigen Beispiele können vermehrt werden. Die possessio tedialis als Zwangsmittel findet sich in Como 1211 a. 194, 200, 297 (Mon. h. patr. XVI p. 77, 116); in Casale (im 14. Jahrh. M. h. p. I

Eine besondere Entwicklung weist das sächsische Recht auf, wo der Beklagte im Fall des Versäumnisses ohne weiteres verurteilt wurde, zunächst vorläufig, dann endgültig; eine Behandlung, die mit dem später zu kennzeichnenden deutschen Gedanken zusammenhängt, daß man den Beklagten verurteilt, falls er keinen Widerspruch entgegensetzt (S. 392)[1]. Diese Behandlung ist in das moderne Recht übergegangen, jedoch mit einer wesentlichen Änderung: der Beklagte soll nicht ohne weiteres verurteilt werden, sondern nur die Klagtatsachen sollen als zugestanden gelten. In den meisten Fällen wird diese Änderung wenig hervortreten und das Zugeständnis der Tatsachen einfach zur Verurteilung führen; aber es ist immerhin möglich, daß das Gericht, trotz Vorhandenseins der Tatsachen, den Klageanspruch nicht als begründet erachtet und daher trotz Ausbleibens des Beklagten die Klage abweist, so z. B. wenn das zugestandene Rechtsgeschäft als unsittlich erscheint.

Diese letztere Behandlung entspricht der Gerechtigkeit viel mehr als das sächsische System. Sie ermöglicht es dem Beklagten, auszubleiben, wenn er die Klage für frivol und schlecht begründet erkennt, wodurch ihm Mühen und Kosten erspart werden: sie gibt dem Beklagten die Zuversicht, daß er durch die Gerechtigkeit des Gerichts gedeckt ist[2].

Noch richtiger wäre es, wenn man zu dem System des Code de procéd. zurückkehren und unter grundsätzlicher Anerkennung des Systems des Zugeständnisses dem Richter die Befugnis gäbe, Nachweise zu begehren, wo er Bedenken findet.

Übrigens beschränkt schon unsere ZPO. die Wirkung des Ausbleibens auf diejenigen Tatsachen, welche dem Beklagten rechtzeitig durch Schriftsatz mitgeteilt wurden, so daß er nicht über Gebühr überrascht werden kann. Dazu kommt noch folgendes: nur Tatsachen gelten als zugestanden, nicht auch: 1. Schlußfolgerungen aus Tatsachen; nicht 2. die teils logischen, teils juristischen Fragen des Kausalzusammenhanges.

Außerdem gilt auch hier die Ausnahme: die Folge der Tatsachenfeststellung tritt nicht ein, wenn das Gegenteil der Behauptung notorisch ist.

Würde daher die Klage behaupten, der Beklagte habe den Kläger verzaubert und ihm dadurch Schaden angerichtet, so dürfte kein Richter im Versäumnisverfahren den Beklagten verurteilen.

Ein wichtiges Problem des Versäumnisverfahrens ist folgendes: Soll das Versäumnisurteil ohne weiteres bestehen bleiben, auch dann, wenn etwa der Beklagte aus Versehen ausgeblieben ist, oder gar auf Grund höherer Gewalt? Hier hat die Rechtsordnung verschiedene Systeme beobachtet. Entweder wird das Versäumnisurteil nur als vorläufig erachtet, und das endgültige Urteil tritt erst ein, nachdem das Erkenntnis ein oder mehrere Male wiederholt worden ist. Dieses System hat sich im französischen Rechte entwickelt, indem erst das zweite, dritte oder vierte Versäumnisurteil einen endgültigen Schluß herbeiführte. Oder das Versäumungsurteil ist sofort endgültig; der Säumige kann aber Entschuldigungsgründe bringen, auf Grund deren ihm Wiederherstellung (Restitutio in integrum) zugestanden werden kann. Die österr. ZPO. hat wieder dem letzten System zugelenkt, § 146 f., weil man annahm, daß das andere Verfahren leicht Anlaß für Verzögerung geben könne; die ungarische ZPO. gibt bei Terminversäumnissen als Regel den Einspruch, in besonders schweren Fällen aber nur die Wiedereinsetzung, § 460. Dies ist das richtige.

§ 41. Das Versäumnisverfahren hat man auch auf den Kläger übertragen, was allerdings weniger wichtig ist. Erscheint er nicht, so soll er als abgewiesen, die Klage als nicht

---

p. 943); in Ivrea (ib. I p. 1165 f.); das Verfahren mit primum und secundum decretum in Ravenna 15. Jahrh. II 2 (Mon. istor. pert. alle prov. di Romagna p. 97) u. a. In Viterbo (1251) III 92, III 207 soll der Beklagte in Bann getan werden, wenn es sich um eine Eviktionshaftung handelt, nicht wegen anderer Schuld. Vgl. auch Rascher, Kontumazialverfahren im Schweizer Ziv.-P. S. 3 f., Lastig, S. 277.

[1] Vgl. auch die Assises de la haute cour a. 61 und de la basse cour a. 130, wo das Nichterscheinen den Verlust des Prozesses herbeiführt (auch Abrégé ib. II 5, 11); so auch Statuten von Toulouse 1283 (B. de Rich. IV p. 1045). Ebenso Vitry le français (1509) a. 8 und 9, ferner Stadtrecht von Winterthur 1297: Ist och, das der, an dem man clagot, ze dem dritten male nut fur gerichte kumet, so ime furgebotten wirt von dem vogte, swas denne der cleger offenot vor gerihte, daz er im gelten sule, das mus er im geben, er sul ime es oder nut. Und wart das gesetzet, das man das gerihte nut versmache.

[2] Aus Kultur und Leben S. 193.

schlüssig, der Anspruch als unbegründet gelten, während man früher eher geneigt war, bloß eine absolutio ab instantia eintreten zu lassen, welche eine Erneuerung der Klage nicht ausschloß[1]. Der Beklagte hat allerdings ein Anrecht darauf, mit der Sache ein für allemal fertig zu werden.

§ 42. Daß im Familienprozeß das Anerkenntnis nicht wirkt, ist bereits bemerkt. Dasselbe gilt auch von der Kongruenz; und auch was die Säumnis des Beklagten betrifft, so treten nicht die gewöhnlichen Grundsätze ein, sondern es findet einfach ein Abwesenheitsverfahren statt, wobei die Beweise in gewöhnlicher Weise erhoben werden; §§ 618, 640, 641 und 670.

D. Prozeßbetrieb.

§ 43. Prozeßbetrieb ist die Tätigkeit, welche den Prozeß von einer Stufe zur anderen schiebt. Diese Tätigkeit kann der Partei oder dem Gericht anheimgestellt werden. Danach unterscheidet man Parteibetrieb und Offizialbetrieb.

Nach den Grundsätzen des Parteibetriebes ist der französische Prozeß gestaltet, ganz dem alten deutschen Rechte entsprechend. Im alten deutschen Verfahren hatte man keine Akten und überhaupt nichts, was auf die Dauer den Richter an den Prozeß, den Prozeß an den Richter fesselte. Im Termin hatte der Richter Recht zu sprechen, und damit war der Prozeß für ihn erledigt. Dieser Rechtsspruch war nun nicht immer eine materielle Endentscheidung, sondern mitunter nur die Vorbescheidung eines Zwischenpunktes; trotzdem erledigte er die Sache für den Richter; und wenn der Prozeß weitergeführt und andere Punkte entschieden werden sollten, so war es Aufgabe der Parteien, immer und immer wieder den Prozeß vor den Richter zu bringen. Allerdings wurden schon frühzeitig Aufzeichnungen über diese Prozeßvorgänge gemacht, allein sie wurden nicht zu einheitlichen Akten verbunden; jeder Notar, der zur Beurkundung zugezogen wurde, trug die Bemerkungen über die Prozeßvorgänge unter seinen Imbreviaturen ein, so daß sich die Einträge mitten unter anderen Stücken finden, und bald bei dem einen, bald bei dem anderen Notar[2].

Dies hing auch noch mit folgendem System zusammen: es gab keine festen Termine für die einzelnen Streitsachen, sondern man meldete sie an, und man rief sie auf, wenn immer Gerichtstage waren; und als man anfing, regelmäßigere Gerichtsaufzeichnungen zu machen, verlangte man nur noch, daß die zur Verhandlung angemeldeten Sachen in eine sogenannte Rolle aufgenommen wurden: die Rolle wurde im Termin wo tunlich erledigt. So ist es noch heutzutage im französischen Prozeß (oben S. 290), und so war es in der bayrischen ZPO.: die Sachen wurden zur Rolle angemeldet, und im Termin kamen die auf der Rolle stehenden Sachen hintereinander zum Aufruf und zur Verhandlung. Und so enthält das französische System, das übrigens in Frankreich, namentlich am Seinetribunal, nicht mehr vollständig durchgeführt wird, mit dem Parteibetriebe und mit der die Reihenfolge der Rechtssachen bestimmenden Gerichtsrolle einen Überrest altdeutschen Verfahrens[3].

Aber solches paßt kaum mehr in unsere Zeit. Man kommt zu besseren Ergebnissen, wenn die Einheit des Prozesses fest gewahrt, wenn der einmal bei Gericht begonnene Prozeß als Aufgabe des Gerichts betrachtet wird und darum das Gericht von selbst das Nötige vorkehrt, um den Rechtsstreit in der Ordnung weiterzuführen, wie er begonnen hat. Dies hat man in Deutschland angenommen, sobald man zum schriftlichen Verfahren überging oder doch wenigstens für einzelne Prozeßhandlungen Schriftsätze erforderte; und auch die deutsche ZPO. geht davon aus; denn nach ihr wird der Prozeß vom Gericht von selbst weiter und weiter getrieben, bis entweder eine Erledigung des Verfahrens erzielt oder der Prozeß unterbrochen wird oder ruht: solange dies nicht der Fall ist, hat das Gericht von Amts wegen Termine zur Fortsetzung des Verfahrens anzusetzen, bis der Prozeß zu seiner Erledigung kommt. Allerdings erfolgt die erstmalige Ladung durch die Partei; sie erfolgt aber nicht nur für den einen Termin, sondern für alle Termine, welche das Gericht zur Fortsetzung des Verfahrens ansetzen

[1] Dies gilt jetzt nur ausnahmsweise, § 635, 638, 640 ZPO.

[2] Vgl. Voltelini, Acta Tirolensia II S. CXXXIV.

[3] Dies, wie so vieles andere, ist bisher nur mangelhaft geschichtlich erkannt worden; und die Gegner des französischen Verfahrens wußten meistens nicht, daß sie damit gegen ein Stück germanischen Rechtslebens ankämpften.

wird; wesentlich ist nur, daß die Termine verkündet werden; es genügt aber Verkündung im Termin: in jedem Termin kann der folgende Termin angesetzt und den (anwesenden oder nicht anwesenden) Parteien angezeigt werden (§§ 218, 361, 366, 368, 370, 497 ZPO.); und bezüglich der Rechtsmittel vgl. § 340 a, 520, 555.

Eines neuen Parteianstoßes bedarf es nur, wenn entweder das Verfahren unterbrochen wird, oder wenn es ruht, oder wenn der Prozeß vom einem Verfahren in das folgende (z. B. in eine höhere Instanz) hineingetrieben werden soll.

Von dem angeführten Grundsatz hat die ZPO. eine systemwidrige und auch praktisch sehr bedenkliche Ausnahme, nämlich durch die Bestimmung, daß die Zustellung der Urteile durch die Parteien geschehen soll, mit Ausnahme gewisser Fälle bei der Ehe- und Familienklage [1] und der Entscheidungen der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte [2]. Eine solche Behandlung wäre erträglich, wenn die Zustellung nur die Voraussetzung der Vollstreckung wäre; denn ob die Partei vollstrecken will, ist ihr selbstverständlich anheimgegeben. Aber die Zustellung soll auch Bedingung sein für den Beginn der Rechtsmittelfrist und damit für die Rechtskraft: dies kann dahin führen, daß, wenn die Zustellung vergessen wird, die Sache jahrelang nicht zur Rechtskraft und damit nicht zur Ruhe gelangt; und wenn die Parteien absichtlich die Zustellung unterlassen, dann bleibt die Sache unbestimmte Zeit in Schwebe. Das ist völlig gegen die Stellung des Richteramtes und gegen den Charakter des richterlichen Urteils: ein solches soll nicht zum Spielball in den Händen der Parteien werden. Leider hat man dieses in der neuen ZPO. nicht geändert. Selbst bei den Amtsgerichten hat man nur bei Versäumungsurteilen eine Ausnahme gemacht, §§ 496, 508.

II. Untersuchungsverfahren.

§ 44. Das Parteiverfahren ist nur dann passend, wenn zwei Personen mit entgegengesetzten Interessen vorhanden sind, zwischen denen eine Prozeßfeststellung stattfinden soll. Nicht immer ist dies der Fall:

1. nicht bei Feststellungen des Persönlichkeitsrechts: ob eine Person geschäftsfähig, nichtgeschäftsfähig ist;
2. nicht im Aufgebotsverfahren, wo ein Stand des Rechts absolut gegen jedermann festgesetzt werden soll;
3. nicht im Vollstreckungsverfahren, wo ein absoluter Stand der Sache herbeigeführt werden soll.

In diesen Fällen bleiben zwei Möglichkeiten übrig, entweder eine künstliche Parteibildung oder eine Behandlung der Sache ohne Parteien; das letztere ist das Untersuchungsverfahren.

§ 45. Im Untersuchungsverfahren hat der Richter das einmal eröffnete Verfahren in freier Tätigkeit, unbehindert um die beteiligten Personen, zu Ende zu führen, so daß die beteiligten Personen zwar unterstützend in den Prozeß eintreten dürfen, ohne aber maßgebende Parteistellung zu haben. Die Fälle ergeben sich aus dem Obigen:

1. Das Entmündigungsverfahren, d. h. das amtsgerichtliche Verfahren, das zur Entmündigung oder zur Aufhebung der Entmündigung führt (§§ 646 f., 675 f.). In dieser Beziehung ist zu bemerken:

Das Entmündigungsverfahren besteht aus zwei Teilen: zunächst einem Verfahren, wodurch jemandem durch Entmündigung die Geschäftsfähigkeit ganz oder teilweise abgesprochen wird. Dies ist kein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern ein Prozeßverfahren, denn es handelt sich um Feststellung einer für das Persönlichkeitsrecht im höchsten Grade be-

[1] Wenn auf Nichtigkeit, Trennung der Ehe, Nichtehelichkeit erkannt wird (§§ 625, 640, 641 ZPO.). Wie ist es hier bei bedingtem (Eides)Urteil? Über diese formalistische Kleinigkeit mußte eine Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate des RG.s ergehen (Entsch. 48 S. 423)! So weit stecken wir im Formalismus.

[2] Hier geschehen die Zustellungen auf Betreiben des Richters (§ 32 GGG. und § 16 KGG.), ja es kann überhaupt von der Zustellung Abstand genommen werden.

deutsamen Rechtslage, um die Geschäftsfähigkeit einer Person: über diese soll und muß eine prozeßrechtliche Entscheidung ergehen; man darf über eine der wichtigsten Rechtsstellungen des Menschen nicht ohne Entscheidung hinwegschreiten. Allerdings gilt hier folgendes: die Geschäftsunfähigkeit oder Geschäftsbeschränkung entsteht (regelmäßig) erst mit der Entmündigung, und man könnte daher meinen, daß der Entmündigungsbeschluß nicht etwa ein vorhandenes Recht feststelle, sondern neues Recht begründe und darum der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehöre. Das ist aber, wie ich anderwärts dargetan habe [1], unrichtig; denn daß jemand geschäftsunfähig oder geschäftsbeschränkt wird, hat seinen Grund in seinem Verhalten und in seiner Geistesverfassung; daß die Feststellung des Gerichts hinzutreten muß, damit der Entmündigungserfolg eintritt, ist nur eine Bedingung, nicht die Ursache; eine Bedingung, begreiflich, da man eine für den Verkehr der Allgemeinheit und für die Stellung des einzelnen so wichtige Frage nicht im ungewissen lassen kann.

Ist auf Entmündigung erkannt worden, so erfolgt die etwaige Beschwerung dagegen nicht durch Beschwerde, sondern dadurch, daß der Untersuchungsprozeß in den Parteiprozeß übergeleitet wird, in einen Parteiprozeß mit künstlichen Parteirollen, wo auf der klägerischen Seite der Entmündigte oder eine für ihn handelnde Person, auf der Gegenseite der Staatsanwalt als Beklagter fungieren kann, aber auch die die Entmündigung Beantragenden als streitgenössische Intervenienten zuzuziehen sind. Der Prozeß folgt den Regeln des Familienprozesses und ist insofern oben bereits zur Erörterung gelangt, § 664, 670, 684 ZPO.

Das gleiche Verfahren kann stattfinden wegen Aufhebung der Entmündigung infolge der Heilung, §, 679, 686 ZPO.

2. gehört hierher das Aufgebotsverfahren, von dem unten (S. 402) die Rede sein wird. Auch bei diesem kann im Wege der Beschwerung das Verfahren in ein Parteiverfahren mit künstlicher Parteibildung umgewandelt werden.

3. Weitere Fälle des Untersuchungsverfahrens kommen im Vollstreckungswesen vor. Dahin gehört insbesondere das Verteilungsverfahren, das bei der „Mobiliar"vollstreckung wie bei der Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen stattfindet (§§ 872 ff. ZPO., §§ 105 f., 156 ZVG.). Vgl. S. 373.

Dahin gehört das Prüfungs- und das Zwangsvergleichsverfahren im Konkurs (§§ 141 f., 184 KonkO.). Vgl. S. 384 f.

§ 46. Bei dem Untersuchungsverfahren gibt es keine Parteien, sondern nur Beteiligte; es findet kein Kampfverhältnis statt, auch keine Klage, und es fallen daher alle Grundsätze, die in dieser Hinsicht entwickelt worden sind, weg. Das Gericht hat von sich aus das Nötige vorzukehren; es kann Tatsachen und Beweise ohne Rücksicht auf das Vorbringen der Beteiligten berücksichtigen (§§ 653, 952 ZPO.), womit nicht ausgeschlossen ist, daß den Hauptbeteiligten gewisse Vorrechte zustehen (§ 653 ZPO.).

Besonders bedeutsam ist, daß im Entmündigungsverfahren der zu Entmündigende selbst als Augenscheinsobjekt behandelt wird:

a) durch Vernehmung (§ 654);

b) durch Beobachtung in einer Anstalt (bis zu sechs Wochen) (§ 656). Zu beiden Zwecken kann Gerichtszwang stattfinden (vgl. § 654 ZPO.).

Im übrigen aber gilt folgendes:

1. Auch das Untersuchungsverfahren kann so geordnet sein, daß es durch den Antrag einer partei- und prozeßfähigen Person angeregt werden muß; so das Entmündigungs-, so das Aufgebotsverfahren, wobei der Antrag schriftlich eingereicht oder dem Gerichtsschreiber zu Protokoll gegeben werden kann (§§ 647, 947 ZPO.). Ist dies der Fall, so kann der Antragsteller den Antrag mit dem Erfolg zurücknehmen, daß das Verfahren aufgehoben werden muß. Die Zurücknahme kann auch eine stillschweigende sein; auch eine Unterlassung kann die Wirkung der Zurücknahme haben (§ 954 ZPO.). Sonst ist das Verfahren vom Antrag unabhängig; nur die Verbringung in eine Heilanstalt zur Beobachtung bedarf der Betreibung des Antragstellers (§ 656

[1] Prozeßrechtliche Forschungen S. 108 (1889).

ZPO.). Die Antragsbefugnis ist ein Persönlichkeitsrecht; die Wirksamkeit des Antrags bestimmt das Prozeßrecht[1].

2. Besonderes gilt von der Prozeßfähigkeit des zu Entmündigenden im Entmündigungsverfahren. Ist dieser bereits, etwa wegen Geistesschwäche, entmündigt, und soll eine Entmündigung anderer Art, z. B. wegen Geisteskrankheit, erfolgen, so muß der gesetzliche Vertreter mit zugezogen werden (vgl. § 660 ZPO.). Das gleiche ist der Fall, wenn der zu Entmündigende einen gesetzlichen Vertreter im Sinne des § 1906 des BGB. erhalten hat. Möglich ist aber auch, daß der Zustand des Geisteskranken zur Geschäftsunfähigkeit geführt hat: hier kann ein Verfahren stattfinden, während der Hauptbeteiligte prozeßunfähig ist und keinen Vertreter hat; denn die Aufstellung eines Vertreters nach § 1906 BGB. ist möglich, aber nicht notwendig. Endlich kann der Entmündigte und infolgedessen Geschäftsunfähige oder Geschäftsbeschränkte nach § 675 ZPO. rechtsgültig den Antrag auf Wiederaufhebung des Verfahrens stellen; er kann es allein, ohne seinen gesetzlichen Vertreter.

Dies sind Fälle, wo man aus der Norm herausgeht, aber mit Rücksicht auf den furchtbaren Ernst der Lage und auf die Notwendigkeit staatlicher Fürsorge.

Drittes Buch.

Prozeß als Rechtsverhältnis.

Erster Abschnitt: Parteiprozeß.

A. Rechtsverhältnis bis zum Endurteil.

I. Allgemeines.

§ 47. Der Prozeß ist nicht bloß ein Verfahren, sondern ein Rechtsverhältnis, d. h. ein Verhältnis, aus welchem rechtliche Folgen hervorgehen.

Der Prozeß als Rechtsverhältnis hat seine Voraussetzungen wie jedes Rechtsverhältnis; Voraussetzungen, die entweder so wichtig sind, daß bei ihrer Ermangelung das ganze Rechtsverhältnis nichtig ist oder angefochten werden kann, oder weniger wichtig, aber doch immerhin so bedeutsam, daß es als Pflicht des Richters erscheint, bei Ermangelung solcher Voraussetzungen das Verfahren nicht weiterzuführen. Außerdem gibt es noch Urteilsvoraussetzungen, denn die Urteilstätigkeit ist von der sonstigen Prozeßtätigkeit wesentlich verschieden. Man hat auch von Klagevoraussetzungen gesprochen, im Gegensatz zu Prozeßvoraussetzungen; allein das ist unzutreffend, wie sich alsbald (S. 311) ergeben wird.

Die Voraussetzungen des Prozeßverhältnisses im Parteiprozeß sind vor allem: das Vorhandensein von Parteien, die Parteifähigkeit (Gerichtsfähigkeit), sodann die Prozeßfähigkeit der Parteien, außerdem die Gerichtsbarkeit des Gerichts und seine Zuständigkeit, sodann die Geeignetheit der Sache zum bürgerlichen Verfahren. Neben diesen grundsätzlichen Voraussetzungen, die für das Rechtsverhältnis als solches gelten, gibt es noch andere, die sich aus dem Zusammensein und dem Zusammenstoß von Rechtsverhältnissen ergeben. Dahin gehört vor allem, daß die Sache nicht anderwärts rechtshängig und auch nicht rechtskräftig entschieden sein darf. Nach beiden letzten Richtungen hin hatte die frühere Theorie gefehlt: man nahm vor meinen Ausführungen[2] an, daß die Rechtshängigkeit ebenso wie das Vorbeschiedensein der Sache (res judicata) nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag des Beklagten berücksichtigt werden dürfe, mit anderen Worten, daß hier nur eine Einrede im eigentlichen Sinn, eine exceptio, gegeben sei. Das widerspricht den ersten Grundsätzen von der Stellung des Gerichts; denn dieses hätte den Parteien nach ihrem Belieben die Sache zwei-, drei- oder zehnmal zu entscheiden, auf die Gefahr hin, daß die eine Entscheidung so, die andere anders ausfiele: solches entspricht der Würde des Gerichts gewiß nicht. Mit Recht nimmt man denn auch neuerdings an, daß Derartiges von Amts wegen zu berücksichtigen ist, und dies besagt ausdrücklich die

[1] Vgl. Haager Abkommen über Entmündigung a. 7.
[2] Prozeßrechtliche Forschungen S. 95 f. (1889).

österreichische ZPO., die auch hier eine sehr verständige Bestimmung hat (§ 240). Auch die ungarische ZPO. läßt wenigstens die Rechtshängigkeit von Amts wegen berücksichtigen, § 180. Aber auch die deutsche ZPO. ist in solcher Weise auszulegen, obgleich die Prozeßnovelle es versäumt hat, in dieser Beziehung veralteten Vorurteilen entgegenzutreten; aus § 274 Z. 4 ZPO. folgt durchaus nicht, daß die Rechtshängigkeit nur auf Antrag zu beachten sei, und wenn hier von Einrede die Rede ist, so fehlt leider der ZPO. in dieser Richtung der genaue Sprachgebrauch, der das BGB. auszeichnet. Im übrigen entspricht der Ausschluß der nochmaligen Klage völlig dem Gedanken des deutschen Rechts. Frühere Rechte bestimmten sogar strenge Strafen gegen den, der eine bereits angebrachte oder bereits entschiedene Sache nochmals aufrührt[1].

Außerdem gibt es aber Fälle, die so geartet sind, daß zwar der Prozeß an und für sich als Verhältnis feststeht, daß aber der Beklagte befugt ist, das Verhältnis, wenn nicht zu sprengen, so doch seinen Erfolg von der Erfüllung einer Bedingung abhängig zu machen; solcher Fälle gibt es drei: 1. wenn der Beklagte vom Kläger eine Prozeßkostensicherheit verlangen kann; 2. wenn er von ihm verlangen kann, daß die Kosten eines früheren Verfahrens zuvor entrichtet werden sollen, falls nämlich in derselben Sache schon Klage erhoben und nach der Erhebung zurückgenommen worden ist; 3. wenn im Aktienrecht der Beklagte verlangen kann, daß der Kläger vor der Prozeßfortsetzung Sicherheit stellt, so namentlich bei Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses und bei Erhebung einer Gründerklage. Dies sind Prozeßeinreden im eigentlichen Sinn: der Prozeß hier ist an sich begründet, der Beklagte aber kann den Erfolg des Prozesses vereiteln, falls nicht die entsprechende Leistung gemacht wird (§ 274 ZPO., §§ 269, 272, 309 HGB. u. a.)[2].

Da der Prozeß ein Rechtsverhältnis ist, so ist

1. an sich auch ein simulierter Prozeß denkbar; allein die Simulation hätte nur dann Simulationscharakter, wenn der Richter in die Simulation hineingezogen würde, was nicht sein darf. Wohl aber kann unter den Parteien die gültige Abrede bestehen, daß der Kläger vom Urteil keinen oder nur beschränkten Gebrauch machen darf, welche Abrede im Fall der Zuwiderhandlung durch Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden kann. Dies ist aber keine Simulation. Vgl. S. 368.
2. Die Prozeßtätigkeit kann eine Tätigkeit zum Nachteil der Gläubiger sein und demgemäß in der Art angefochten werden, daß, was der eine Teil aus dem Prozeß erlangt hat, an die Gläubiger zur Befriedigung herausgeben muß[3].

II. Klage als Rechtsgeschäft.

1. Allgemeines.

§ 48. Die Klageerhebung ist ein einseitiges, ankunftsbedürftiges Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit im Persönlichkeitsrecht des Klägers begründet ist[4]. Sie ist ein Rechtsgeschäft, welches die Rechtshängigkeit bewirkt, mit ihren zivilrechtlichen und prozessualischen Folgen. Damit steht nicht im Widerspruch, daß das hierdurch begründete Verhältnis noch in Schwebe bleiben kann und der Kläger noch in der Lage ist, die Klage zurückzunehmen, ohne auf seinen

[1] So Liber. Pap. Carol. M. c. 90 (15 sol. oder 15 ictus); Breve Pisani Communis 1286 (20—100 sol.); Modena 1327 IV 178; Cividale (1309) a. 79; Florenz (1415) III 173, Piacenza, Stat. merc. (13. Jahrh.) a. 594 (Mon. hist. ad prov. Parm. pert I 6 p. 155), Ferrara 1534 p. 170 f. Ferner das Recht v. Schlettstadt 1292 (Acta imperii II p. 153: wer eine res judicata secundario conqueritur, gracia nostra carebit.

[2] Im Falle 3 liegt eine Prozeßeinrede, allerdings keine prozeßhindernde Einrede in dem später zu entwickelnden Sinne, vor. Eine früher viel verbreitete Prozeßeinrede war auch folgende: wenn ein Ausländer klagte, so ließ man ihn nicht zu, wenn er nicht verbürgte, daß er sich auch einer inländischen Klage unterwerfen wolle; vgl. Sachsenſp. III 79 § 3. Wir finden diese Einrede auch in vielen alemannischen Rechten, so Binzikon, Dübendorf, Dicticken (Schauberg, Z. f. Schweiz. Rechtsquellen, I S. 42, 99, 112), Pfäffikon (1427) a. 4 (Zeitschr. II S. 62), Vorsikon, Obermetmenstetten (Grimm, Weisth. I S. 51, 55) u. a.

[3] Zu 1. vgl. Sintenis, Z. f. Ziv.-P. XXX S. 358; zu 2. Menzel, Anfechtungsrecht S. 74 f., 90.

[4] Näheres darüber in Dernburg-Kohler Bürgerl. R. VI S. 562.

Anspruch zu verzichten. Nach der Prozeßordnung ist dies gestattet, solange der Beklagte in mündlicher Verhandlung sich nicht eingelassen, d. h. nicht die materiellen Klagepunkte beantwortet hat. Daher steht insbesondere die Verhandlung über eine Prozeßeinrede der Rücknahme der Klage nicht im Wege. Dies ist auch sehr begründet, denn es kann völlig im Interesse der Sache liegen, daß dem Kläger die Möglichkeit gegeben ist, noch nachträglich von der Klage zurückzutreten, wenn er sie etwa bei einem unrichtigen Gerichte erhoben hat [1].

Nach der Einlassung kann der Kläger nicht mehr die Klage (unter Vorbehalt des Anspruchs) zurücknehmen; er hätte es sonst in der Macht, dem Beklagten alle erworbenen Rechtslagen zu entziehen, auf welche dieser ein Anrecht hat. Mit Einwilligung der Beklagten allerdings ist auch später eine solche Zurücknahme möglich: sie ist so lange möglich, bis ein sachliches Urteil erster Instanz ergangen ist; dann aber kann die Klage auch nicht mit des Beklagten Zustimmung zurückgenommen werden, da es nicht in der Macht der Parteien steht, ein Urteil rechtlich so zu behandeln, als ob es nicht ergangen wäre (§ 271 ZPO.) [2].

Als Rechtsgeschäft zeigt sich die Klage auch in folgendem: Es kann ein Irrtum in der Person unterlaufen, indem die Klage gegen einen anderen erhoben wird als gegen den, welchen die Partei will. Dies ist aber wohl zu unterscheiden von dem anderen Falle, wenn die Klage richtig erhoben ist, aber in bezug auf eine Person, welche der Kläger irrtümlich für den Schuldigen erachtet, z. B. B hat den Garten des A verwüstet; A glaubt, C sei der Schuldige, und erhebt gegen ihn eine Klage: natürlich ist die Klage gültig erhoben. Würde aber der Kläger annehmen, daß D der Täter ist, und in der Klage aus Versehen den C statt des D bezeichnen, dann wäre die Klage ungültig erhoben.

Eine Klage gegen eine Streitgenossenschaft in der Art, daß die Klage gegen A, eventuell gegen B, eventuell gegen C erhoben wird, ist unzulässig, wohl aber in der Art, daß die Klage gegen A, B und C erhoben wird, wenn auch mit dem Bemerken, daß von diesen drei nur der eine der Schuldige sein kann und deswegen zur Verurteilung zu bringen ist. Denn hier ist nicht die Klage eine eventuelle, sondern eventuell ist nur der zivilrechtliche Anspruch. Eine Klage gegen B und C wegen eines Anspruches ist aber auch dann statthaft, wenn der Kläger zugestehen muß, daß unter Umständen der Anspruch nicht begründet sein kann.

Eine unsittliche Klage kann ohne weiteres als unsittliches Geschäft zurückgewiesen werden (vgl. § 138 BGB.). Eine unsittliche Klage ist natürlich nicht eine Klage aus einer unsittlichen Veranlassung, sondern eine Klage, die auf ein unsittliches Tun gerichtet ist, z. B. eine Klage dahin, daß jemand zu einer Päderastiehandlung oder zur Mitwirkung am Selbstmord verurteilt werden soll [3]. Eine derartige Klage ist als Nichtklage durch Beschluß zurückzuweisen.

2. Arten der Klage.

§ 49. Die Klagen sind Anspruchsklagen oder Feststellungsklagen; Anspruchsklagen sind solche, durch die ein Anspruch zur Geltung gebracht oder eine zivilistische Tätigkeit [4] vollzogen werden soll. Anspruchsklagen sind daher nicht identisch mit den Leistungsklagen, denn diese sind nur eine Art, wenn auch eine sehr wichtige Art der Anspruchsklagen.

Anspruchsklagen sind auch die Anfechtungs-, Kündigungsklagen, die Rücktrittsklagen, die Aufrechnungs- und die Gläubiger-Anfechtungsklagen [5]. Bei allen diesen wird eine Rechts-

[1] Eine gewillkürte Bedingung dagegen in der Art, daß die Folgen der Klage nur in einem bestimmten Falle eintreten sollen, ist ebensowenig gestattet, wie bei sonstigen einseitigen Rechtshandlungen; eine solchergestalt bedingte Klage wäre mit absolutio ab instantia zurückzuweisen; OLG. Köln 4. Febr. 1901, Mugdan II S. 254.

[2] Dies wird völlig verkannt von dem RG., welches eine beiderseitige Klagezurücknahme auch in der Berufungsinstanz gestattet, RG. 5. 11. 1910 und 17. 6. 1911 JW. 40 S. 51 und 769. Vgl. auch Oberst. LG. München 3. 12. 1894 Seuffert 50 Nr. 216.

[3] Man hat behauptet, Derartiges käme nicht vor; wer dies behauptet, kennt das Leben wenig, vor allem das moderne Leben mit seinen nervösen Zuckungen. Vgl. auch Dernburg-Kohler VI S. 558. Im englischen Prozeß wird eine solche Klage als frivolous and vexatious and als abuse of the process of the Court zurückgewiesen, Chitty, Forms in Kings Bench p. 182.

[4] Richtiger gesagt: eine Prozeßtätigkeit mit Zivilrechtswirkung.

[5] Vgl. zum folgenden Z. f. Zivilprozeß XXIX S. 4 f. und Rhein. Zeitschr. I S. 39 f. Was hiergegen vorgebracht worden ist, bedarf keiner Erwiderung.

handlung vollzogen, welche in zivilistischer Weise wirken soll, welche an sich auch außergerichtlich geschehen könnte und nur in gewissen Fällen klagweise geschieht oder geschehen muß. So kann die Anfechtung einer Rechtshandlung gewöhnlich durch zivilrechtliche Tätigkeit vor sich gehen (§ 143 BGB.), in mehreren Fällen aber: bei der Anfechtung einer Ehe, der Ehelichkeit eines Kindes und bei der Anfechtung eines Erbschaftserwerbs wegen Erbunwürdigkeit (§§ 1341, 1596, 2342 BGB.), ist die klageweise Geltendmachung unumgänglich. Daß auch in anderen Fällen die Klage zu diesem Zwecke verwendet werden kann, unterliegt keinem Zweifel; nur ist dann die Benutzung der Klage eine bloß zufällige, keine notwendige. Auch die Kündigung erfolgt gewöhnlich auf zivilrechtlichem Wege; doch auch hier gibt es Fälle, wo die klagweise Vornahme unentbehrlich ist. So vor allem die Kündigung der Ehe; denn die Ehescheidungsklage ist nichts anderes als eine Kündigung aus bestimmtem, gesetzlichem Grunde. Auch die Kündigung einer Gesellschaft, wenn es eine Handelsgesellschaft ist (im Gegensatz zur bürgerlichen), muß klageweise geschehen, sofern die Kündigung nicht eine übliche vertragsmäßige, sondern eine außerordentliche ist, eine Kündigung aus gerechtfertigten Gründen. In allen diesen Verhältnissen handelt es sich nicht um eine Bewirkungsklage, als ob durch das Urteil eine Rechtsänderung vollzogen werden solle, sondern es handelt sich darum, daß die Rechtsänderung durch Parteitätigkeit vollbracht wird, indem in solchem Falle die Parteitätigkeit entweder freiwillig sich des Prozesses bedient oder sich notgedrungen des Prozesses bedienen muß: sie wird ausgeübt durch Klage und durch Fortführung der Klage bis zum Urteil, welches konstatiert, daß die Rechtsänderungstätigkeit der Partei in der richtigen Weise und auf richtige Grundlage hin vollzogen worden ist; und dies ist gerade der Vorzug dieser Form der Parteitätigkeit [1].

Die wichtigste Anspruchsklage ist allerdings die Leistungsklage, wenn jemand einen Anspruch behauptet, auf Grund dessen er sein Recht verlangt; gewöhnlich handelt es sich um einen Anspruch des Klägers dahin, daß eine Leistung an ihn gemacht wird. Im Gegensatz dazu steht die Feststellungsklage [2]. Sie behauptet weder, daß der Kläger einen Anspruch habe, noch sucht sie auf einen vorhandenen Anspruch einzuwirken, sondern sie will nur die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, entweder eines Rechtsverhältnisses an sich oder eines solchen mit den zukünftig aus ihm hervorgehenden Ansprüchen. Sie findet aber nur statt zur Feststellung von Rechtsverhältnissen, nicht von bloßen Tatsachen (RG. 50 S. 400), ausnahmsweise zur Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde (§ 256 ZPO.).

Die Feststellungsbefugnis entspringt, obgleich sie in der Prozeßordnung (§ 256) anerkannt worden ist, dem materiellen Recht; das Recht ist das Persönlichkeitsrecht; aus ihm geht auch die Feststellungsbefugnis hervor. Sie benutzt, wie die Anspruchsklage, den Prozeß, aber um Zwecke des materiellen Rechts zu erreichen. Der Zweck ist aber hier der, daß im sozialen Leben Klarheit über das materielle Recht herrscht: so wie das Gericht feststellt, so besteht das materielle Recht.

Auch hier tritt der Prozeß als Friedensinstitut ein. Eine solche Klarheit kann dringend erforderlich sein, weil niemand vernünftigerweise vom Tag in den Tag hineinlebt, sondern alle seine Verhältnisse mit Rücksicht auf die zukünftigen Begebnisse einrichtet und ordnet. Ich werde darum meine Wohnungsverhältnisse ganz anders regeln, wenn ich weiß, daß am 1. Januar nächsten Jahres ein Mietverhältnis zwischen mir und einem anderen beginnt, in welchem ich berechtigt und verpflichtet bin; und ebenso werde ich mich ganz anders in meinen Spekulationen bewegen, wenn ich weiß, daß in der nächsten Zeit ein Rechtsverhältnis entstehen wird, das mir die Verpflichtung von 100 000 Mark auferlegt. Daraus ergibt sich für die Rechtsordnung das Erfordernis: sobald genügende Gründe des Zweifels und der Unsicherheit vorhanden sind, kann ich die Feststellung verlangen; ich kann sie verlangen, sofern der Gegner durch sein Verfahren, namentlich

[1] Sie hatte sich schon längst im französischen Recht entwickelt und ist aus dem französischen Verfahren uns zugekommen. Im Ehescheidungsrecht bestand allerdings früher die Vorstellung, als sei es der Staat oder die Kirche, welche die Ehe löse; allein diese Vorstellung widerspricht der neuzeitigen Anschauung: die Partei löst die Ehe, und das Gericht konstatiert nur, daß die Lösungstätigkeit mit Wirksamkeit vollzogen ist durch Klage und Fortführung des Prozesses bis zum Urteil. Wer sich allerdings an Worte heftet und sich für das Gegenteil auf das BGB. § 1564 steift, („die Scheidung erfolgt durch Urteil"), mit dessen Argumenten streiten wir nicht; denn sie beruhen von Anfang an auf unrichtiger Methode.

[2] Sie ist eine altdeutsche Einrichtung, welche sich z. B. in den deutschen Ratsbüchern vielfach nachweisen läßt, vgl. Kohler, Zum fränkischen Recht, in der Festgabe f. Martitz S. 101.

durch Leugnung meines Rechts oder durch Vorkehrungen, die meinem Rechtsgenuß entgegenstehen, einen begründeten Anlaß zur Befürchtung gegeben hat, daß er seinerzeit dem Rechtsverhältnis nicht entsprechen werde [1].

Eine Feststellung kann auch unter mehreren Prätendenten eines Rechts stattfinden; hier liegt das berechtigte Interesse darin, daß die Feststellung unter diesen Prätendenten die Dritten dann bindet, wenn für die Dritten überhaupt nur diese zwei Prätendenten in Betracht kommen; aber, wenn auch noch andere in Betracht kommen, so liegt schon darin ein berechtiges Interesse, daß die Zahl der möglichen Prätendenten durch die Feststellung verringert und der eine von ihnen beseitigt wird.

Auch eine negative Feststellung kann erzielt werden, sofern der Kläger ein Interesse daran hat, daß für das ganze Publikum das Nichtbestehen eines behaupteten Rechts klargelegt wird. Der Hauptfall ist der, wenn ein Dritter sich eines Rechtes „berühmt", also dieses Recht vor dem Publikum in Anspruch nimmt, was dem Berechtigten im Genuß und in der Verfügung seines Rechts nicht unmittelbar, aber mittelbar hemmend ist. Man könnte hier an einen negatorischen Anspruch denken; allein ein solcher ist bei derartiger, nur mittelbar einwirkender Berühmung nicht gegeben: mein Recht wird durch Beanspruchung nicht verletzt, ich könnte solche Berühmung einfach in den Wind schlagen; aber die soziale Seite des Rechts wird gekränkt, wenn ich das Vertrauen des Publikums nicht mehr habe und niemand mir meine Sache abnimmt, weil man an meinem Rechte zweifelt. Dies ist eine Störung nicht meines Rechts, aber meines Rechtsfriedens. Daß ich hier eine negative Feststellung begehren kann, ist echt germanisch: niemand soll meine Rechtsstellung im Volke verkleinern dürfen. Frühere Zeiten halfen sich mit einem Privataufgebot an den Berühmenden, daß er sein Recht geltend machen solle, ansonst er damit ausgeschlossen werde; dieses Privataufgebot, das mit dem später zu besprechenden Aufgebotsverfahren zusammenhängt, romanisierte man zur Provokation; es war die provocatio ex lege diffamari, weil man sie an die lex diffamari, c. 5 de ingen. manum (7, 14) anklebte. Man legte dem Beteiligten auf, in bestimmter Zeit sein Recht klagend geltend zu machen — sub poena perpetui silentii. Unser Recht faßt die Sache anders an: man fordert nicht den Berühmenden zur Klage auf, sondern erhebt selbst gegen ihn eine (negative) Klage. Derartige negative Feststellungsklagen sind nicht nur in dinglichen, sondern auch in obligationsrechtlichen Verhältnissen möglich; denn auch hier kann ein wesentliches Interesse daran bestehen, daß das Publikum mich nicht für einen säumigen Schuldner hält.

Mit diesen Bestimmungen war in der früheren Prozeßordnung die Feststellungsklage beschlossen [2]. Neuerdings hat man noch mehrere Satzungen hinzugefügt, ohne daß eigentlich dafür ein dringendes Bedürfnis geherrscht hätte. Man nahm früher an, daß die Feststellungsklage regelrecht nur auf Feststellung, nicht auch auf künftige Leistung gerichtet werden könne, weil man glaubte, daß ein solches auf Leistung gerichtetes Begehren unter Umständen bedenklich wäre, da in der Zukunft Ereignisse eintreten können, welche die rechtliche Lage umgestalten. In der neuen ZPO. wurden einige Fälle hervorgehoben, wo auch schon bei der Feststellungsklage auf künftige Leistungen verurteilt werden kann. Es sind dies 1. die Klage auf eine Geldleistung mit kalendermäßiger Fälligkeit, sofern sie unabhängig von einer Gegenleistung ist; ferner 2. die Räumungsklage mit kalendermäßiger Frist und 3. die Klage auf wiederkehrende Leistungen (auch dann, wenn sie nicht auf Geld gehen); außerdem aber soll 4. überall da auf künftige Leistungen geklagt werden können, wo ein Bedürfnis besteht, jetzt schon einen vollstreckbaren Titel zu haben. Hiermit ist nur bestimmt, was man schon aus unserem früheren Rechte entnehmen konnte, nämlich, daß die Feststellungsklage dann zugleich auf künftige Leistungen gehen kann, wenn dafür ein Bedürfnis spricht, und wenn eine solche Verurteilung in die Zukunft keine Anstände hat [3]. Von besonderer Bedeutung ist dies für wiederkehrende Leistungen. Man denke z. B. an wiederkehrende Renten oder Alimente; wie lästig wäre es, wenn man jedesmal neu

[1] Eine solche Feststellung kann auch möglich sein, um einen Schadensersatzanspruch außer Zweifel zu setzen, auch wenn die Höhe der Entschädigung noch nicht ermittelt werden kann. Insofern ist eine Klage auf Schadensersatzfeststellung salva liquidatione möglich, RG. 6. 7. 1911 JW. 40 S. 816.

[2] So auch Österreich § 228 und Jurisdiktionsnorm § 88.

[3] Gesammelte Beiträge S. 66. Vgl. auch ungarische ZPO. § 130. 131.

zu klagen hätte, und wenn etwa durch das Gericht höchstens das Renten- oder Alimentenverhältnis festgesetzt, nicht aber für die künftigen Leistungen ein vollstreckbarer Titel gegeben werden könnte. So die §§ 257 bis 259 ZPO., welche, wie schon ihre Stellung lehrt, nur Erweiterungen der Feststellungsklage bedeuten [1], Erweiterungen, die nicht nötig gewesen wären, wenn man nicht immer geglaubt hätte, mit einer Fülle von Kasuistik der Denktätigkeit des Richters nachhelfen zu sollen.

Daß ein rechtliches Interesse gegeben sein muß, hat man als Klagvoraussetzung der Feststellungsklage bezeichnet. Dies ist unrichtig. Die Klage ist auch ohne dieses Interesse vollgültig erhoben, sie führt nur nicht zu einem günstigen Urteil; es ist ebenso, wie wenn eine Vindikationsklage erhoben würde, ohne daß der Beklagte besitzt. Die Feststellungsbefugnis ist eine aus dem Persönlichkeitsrecht hervorgehende materiellrechtliche Befugnis, und wenn ihre Voraussetzungen nicht gegeben sind, so ist die Klage materiellrechtlich unbegründet.

3. Formen der Klage.

§ 50. Die äußere Form der Klage ist bereits oben (S. 289) dargestellt worden. Was aber die innere Form betrifft, so sollte es sich von selbst verstehen, daß in der Anspruchsklage der Anspruch, in der Feststellungsklage das Feststellungsbegehren bezeichnet werden muß, und ebenso ist das Recht zu bezeichnen, aus dem der Anspruch hervorgeht, weil der Anspruch durch das Recht, dem er dient, gekennzeichnet wird. Ein Weiteres in die Klage einzubegreifen, widerspricht völlig ihrer Natur, widerspricht den Grundsätzen über Klagänderung, widerspricht dem § 253 ZPO. Gleichwohl hat eine verbreitete Meinung behauptet, die Klage müsse nicht nur das Recht kennzeichnen, sondern es auch verumständlichen, namentlich das Tatsachenmaterial angeben, aus dem die Entstehung des Rechts hervorgehe, z. B. nicht nur die Angabe des Eigentums, sondern auch den Entstehungsgrund (Substanzierungs- im Gegensatz zum Individualisierungsgrundsatz). Dies ist völlig unrichtig. Das Tatsachenmaterial ist mündlich zu bringen und höchstens schriftlich vorzubereiten: vorbereitender Schriftsatz; dieser kann allerdings mit der Klage äußerlich verbunden werden. Die ganze gegenteilige Lehre beruht auf der Verschiebung des gemeinen Prozesses, welche, was früher nur in der Verhandlung erfolgte, schon in die Klage hineintragen wollte, wodurch unendliches Unheil entstanden ist. Daher ist, wenn die Eigentumsklage erhoben ist, die ganze Eigentumsfrage in den Prozeß gerückt, ohne Rücksicht auf die Entstehung des Eigentums; und ebenso bei der negativen Feststellungsklage die ganze Negative. Wenn also zunächst behauptet wird, daß das Recht gar nicht entstanden ist, dann aber, daß es entstand, aber unterging, so ist dies dieselbe Negativklage, denn beides geht dahinaus, daß das Recht nicht besteht (RG. 30. 10. 1909 Entsch. 72 S. 143).

III. Einheit des Prozeßverhältnisses.

1. Prozessuale Seite.

§ 51. Das Prozeßrechtsverhältnis ist als Rechtsverhältnis eine Einheit; als solche Einheit wird es prozeßrechtlich anerkannt, als solche Einheit hat es einen gewissen Einfluß auf das Zivilrecht.

Die Einheit des Prozeßverhältnisses pflegt man mit dem Ausdruck Rechtshängigkeit zu bezeichnen: eine Sache ist rechtshängig vom Beginn des Rechtsverhältnisses bis zu seiner Lösung.

Die prozessualen Folgen dieser Einheit sind:

1. die Folge, daß dieselbe Sache nicht nochmals in ein Prozeßverhältnis gebracht werden soll (oben S. 306);

2. die Folge, daß die Klage nicht geändert werden darf; damit ist gesagt, daß das Prozeßverhältnis nicht auf eine andere Grundlage gestellt werden soll (S. 298);

3. der Satz, daß, wenn das Gericht im Augenblick der Rechtshängigkeit zuständig ist, es zuständig bleibt, wenn auch die Zuständigkeitsbedingungen sich ändern (§ 263 ZPO.). denn die Zuständigkeit für das Rechtsverhältnis wird durch die Zuständigkeit für das Rechtsgeschäft der Klage gegeben;

[1] Richtig RG. 18. 6. 1906 Entsch. 63 S. 406.

4. der Satz, daß, wer im Augenblick der Rechtshängigkeit Partei ist, regelrecht während des ganzen Prozesses Partei bleibt (S. 334). Und dem entspricht es auch, daß ein vorehelich begonnener Prozeß vom Ehegatten während der Ehe fortgesetzt wird ohne Rücksicht auf das eheliche Güterrecht, ebenso ein von der Ehefrau zur Zeit, als sie ein Erwerbsgeschäft betreiben durfte, begonnener Prozeß, auch wenn sie nachträglich diese Befugnis verloren hat (§§ 741, 742 ZPO., §§ 1407, 1439, 1454, 1525, 1549, 1550 BGB.).

2. Zivilrechtliche Seite.

§ 52. In Rom hatte die Rechtshängigkeit eine merkwürdige Wirkung: das bürgerliche Recht, wie es bisher war, ging unter, und ein neues Recht entstand, allerdings ein Recht, das von nun an sich nur im Prozeß entwickeln und seinen Ausgang nehmen konnte. Die Römer kamen zu dieser eigentümlichen Gestaltung durch die scharfe Abgrenzung, welche sie in allen ihren Rechtsinstituten erstrebten: der Gedanke, daß das ursprüngliche Recht bestehen bleibe, und daß nun doch im Prozesse dieses Recht einer prozessualen, von den Grundsätzen des Zivilrechts abweichenden Beherrschung unterliege, war ihnen unerträglich.

Uns ist eine solche Doppelherrschaft wohl begreiflich: wir nehmen an, daß das Recht trotz der Klage bestehen bleibt, daß es aber im Prozeß wesentlich durch öffentlich-rechtliche Faktoren beeinflußt wird, wie ja auch sonst das Privatrecht dem Einfluß öffentlich-rechtlicher Mächte unterliegt.

Bei uns zeigt sich diese Wirkung auf das bürgerliche Recht vor allem im Urteil; aber auch schon vorher wirkt die Rechtshängigkeit ein, und zwar gilt folgender Gedanke [1]:

Es wäre das Ideal des Prozesses, wenn das Urteil bereits im Augenblick des Prozeßbeginns ergehen könnte; der Zwischenraum bis zum Urteil ist ein unlogisches Moment, hervorgerufen durch die menschliche Schwäche, denn der Menschengeist verlangt längere Zeit, um zur Wahrheit zu gelangen. Dieses Moment können wir nicht verbannen; allein immerhin kann die Rechtsordnung sagen, der Beklagte solle so weit verpflichtet werden, daß möglichst das Ergebnis entsteht, als wäre er schon in diesem Augenblick mit der Verpflichtung belastet worden, den Kläger zu befriedigen. Daher haftet der beklagte Besitzer der streitigen Sache von diesem Augenblick für Sorgfalt, für Früchte, und zwar nicht nur für die gezogenen, sondern auch für die nach den Regeln der Wirtschaft zu ziehenden Früchte; daher tritt auch die Unterbrechung der Verjährung und der Ersitzung ein; daher auch die Verpflichtung zur Zahlung der Prozeßzinsen, auch ohne daß Verzug vorliegt (§§ 209, 291, 292, 941, 987 f. BGB.), daher die Bestimmung der §§ 1422, 1425, 1479, 1548 BGB.

Eine weitere Folge ist die, daß ein auf Geld gehender Anspruch des Persönlichkeitsrechts mit dem Augenblick der Rechtshängigkeit zu einem Forderungsrecht wird, ähnlich, wie wenn die Summe im Augenblick der Rechtshängigkeit bezahlt und dem Beklagten als Darlehen belassen worden wäre; daher wird vom Augenblick der Klage zu einem gewöhnlichen Geldanspruch

1. der Anspruch auf Genugtuung (§§ 847, 1300 BGB.),
2. der Pflichtteilsanspruch (§ 852 ZPO.),
3. der Anspruch auf Herausgabe von Geschenken wegen Verarmung (§ 852 ZPO.).

IV. Entwicklung des Prozeßverhältnisses.

1. Allgemeines.

§ 53. Das Prozeßrechtsverhältnis entwickelt sich durch Prozeßhandlungen der Parteien und des Gerichts [2]; es entwickelt sich auch durch Rechtsereignisse. Prozeßhandlungen der Parteien sind vor allem die Stellung von Anträgen, das Vorbringen von Tatsachen und von Beweisen; diese Tätigkeiten sind Rechtshandlungen, denn sie bewirken ein Fortschreiten

[1] Z. f. Zivilprozeß XXIX, S. 6 f.
[2] Prozeß als Rechtsverhältnis S. 46 f., 49 f.

des Prozeßverhältnisses, das ohne sie nicht oder nicht in dieser Weise vor sich ginge. Solche Anträge sind z. B. Anträge auf Verlegung des Termins, auf Aussetzung des Verfahrens, auf Zwangsmaßregeln. Auch das Vorbringen von Tatsachen und Beweisen ist Rechtshandlung, denn die Tatsachen und Beweise werden dadurch dem Richter als Richter unterbreitet, so daß daraufhin richterliche Rechte und Pflichten erwachsen.

2. Prozeßhandlungen der Parteien.

a) Vorbringen von Tatsachen.

α) Tatsachenstoff im allgemeinen.

§ 54 Da der Richter im Vermögensprozeß nur in beschränktem Maße den Verhandlungsstoff herbeischaffen kann, so ist es Sache der Parteien, das nötige Tatsachenmaterial zu bringen, d. h. alle Tatsachen zu behaupten, welche für das Sein oder Nichtsein des Anspruchs von Bedeutung sind. Diese Umstände, welche für das Recht sprechen, werden meistens rechtsbegründende Umstände sein; denn da das Entstehen regelmäßig auf äußerlichen geschichtlichen Tatsachen beruht, die sich beweisen lassen, so ist der Beweis des Entstehens die normale Art, um das Bestehen des Rechts darzutun: das Recht an sich ist ja etwas Geistiges, sein Bestehen in der Welt geistiger Beziehungen kann darum vielfach nicht anders dargetan werden als durch den Beweis der Vorgänge, welche dieses Geistige hervorgerufen haben. Doch ist dies nicht ausschließlich. Der Beweis des Eigentums z. B. kann auch ohne den Beweis seiner Entstehung geführt werden, wenn so viele Umstände beigebracht werden, daß der Richter die Überzeugung erlangt, daß viel eher das Bestehen als das Nichtbestehen des Eigentums anzunehmen ist, weil beispielsweise die ganze Welt den Betreffenden als Eigentümer schalten und walten ließ, auch diejenigen, die sonst reichliche Veranlassung hätten, es zu verbieten. So haben auch schon die Römer gedacht. Wenn man daher von einem diabolischen Beweise des Eigentumserwerbs hat sprechen wollen, weil ja der Erwerber auf seinen Veräußerer und dieser wieder auf seinen Vorgänger und so in infinitum zurückgehen müsse, bis etwa die Ersitzung zu Hilfe komme, so beruht dies auf der schulmeisterlichen Art, wie man die ganze Sache auffaßte. Ist jemand lange Zeit überall als Eigentümer anerkannt worden, und kann der andere nichts Bedeutungsvolles dagegen vorbringen, so wird jeder vernünftige Mensch an das Eigentum des ersteren glauben, und so natürlich auch der Richter. Immerhin ist der Beweis der Entstehung die wichtigste und gründlichste Form, wie man der Sache beikommen kann: während der andere Beweis nur auf Vermutung beruht, steht dieser vollkommen auf dem Boden der Sicherheit.

Mit der Entstehung des Rechts aber ist die Sache nicht immer abgetan, denn das bestentstandene Recht kann auch untergehen. Man könnte daher annehmen, daß zu dem Vorbringen des Bestehens des Rechts die nähere Ausführung der Umstände hinzukommen müsse, die dafür sprechen, daß das entstandene Recht noch weiter lebe. Allein dies wäre wieder eine völlig schulmeisterliche und dem Leben widersprechende Behandlung; denn jedermann nimmt, wenn es sich nicht um kurzlebige Dinge handelt, eine Fortdauer an, bis ein Grund der Beendigung dargetan wird. Bei kurzlebigen Dingen ist es allerdings anders: wenn nachgewiesen wird, daß A einen Nießbrauch erworben hat, so wird man nicht annehmen, daß dieser in 150 Jahren noch bestehe; denn kein Richter wird ein Patriarchenalter als Lebenszeit unterstellen. Allein derartige Dinge bilden die Ausnahme.

Daraus ergibt sich von selbst die Regel, daß man vom Kläger mehr das Vorbringen derjenigen Tatsachen erwartet, welche das dem Anspruch zugrunde liegende Recht zur Entstehung gebracht haben, vom Beklagten mehr die Angabe der Tatsachen, welche dieses erworbene Recht zum Erlöschen brachten. Aber vollkommen unrichtig und verkehrt ist die Vorstellung, das Vorbringen der ersten Tatsachen sei nur Sache des Klägers, das der anderen nur Sache des Beklagten. Eine jede Partei ist verpflichtet zur prozessualen Ehrlichkeit, und dazu gehört, daß der Kläger nicht mehr auf ein entstandenes Recht pocht, wenn er weiß, daß das Recht durch spätere Umstände untergegangen ist: es steht ihm nicht zu, die letzteren zu verschweigen; nur wenn er annimmt, daß solche Aufhebungstatsachen bloß scheinhafter Natur sind, wird man es ihm gestatten können, sie entweder ganz unberührt zu lassen oder sie sofort als scheinbar hinzustellen.

Ist diese Einteilung des Tatsachenmaterials nur eine zufällige und durchaus nicht durchgreifende, so tritt noch ein weiterer Umstand hinzu, der die Sache verschiebt. Es können nämlich bei Entstehung eines Rechts verschiedene positive und negative Umstände zusammenwirken; die negativen können überwiegen, so daß das Recht nicht entsteht; möglich aber auch, daß diese negativen Tatsachen nur scheinbar sind oder durch andere überwunden werden. Es ist nun begreiflich, daß der Kläger mehr auf die positiven Umstände sich beziehen wird und die negativen weniger ins Auge faßt; insbesondere dann, wenn er sie nur für scheinhaft hält. Ebenso begreiflich ist es, daß der Beklagte hauptsächlich diese negativen Umstände hervorheben wird. Aber auch hier darf man nicht an eine durchgreifende Abgrenzung denken, sondern auch hier unterliegt das Vorbringen beider Teile dem Gesetze der Loyalität, des Anstandes und der Wahrheitsliebe. Man nennt solche negativ wirkende, d. h. das Entstehen des Rechts hemmende Tatsachen anspruchshindernde; so z. B. ist die Nebenabrede der Scheinhaftigkeit (Simulation) eine das Entstehen des Rechts hindernde Tatsache: ein Scheinvertrag ist kein rechtlich erheblicher Vertrag, und die Scheinhaftigkeit würde sofort zutage treten, wenn die Umstände, welche die Abrede zum Scheinvertrag machen, mit der Abrede stets äußerlich verbunden wären; es kommt aber, nicht bloß selten, sondern regelmäßig vor, daß diese Scheinabrede geheim bleibt und vom Hauptvertrag getrennt beurkundet wird, und so ist zwar juristisch nur eine Tatsache vorhanden: der Scheinvertrag; tatsächlich aber zerfällt diese eine Tatsache in zwei Umstände: in eine gewöhnliche Vertragserklärung und in die Scheinklausel. Es wäre nun natürlich im höchsten Grade illoyal, wenn der Kläger einen Scheinvertrag als einen wirklichen vorbrächte, wenn er also die Vertragserklärung anführte, die Scheinklausel unterdrückte.

Eine weitere Eigenart entsteht durch die Tatsache der gesetzlichen Vermutung; die Rechtsordnung kann erklären: ein jeder im Verkehr ist gerechtfertigt, auf Grund von Tatsache A anzunehmen, das die Tatsache A und B zusammen besteht, weil das Zusammensein von A und B zur Regel des Lebens gehört. Wird dies für den Verkehr bestimmt, so kann es auch der Richter annehmen. Hierher gehören insbesondere die zwei Vermutungen des §§ 891 und 1006: der Eintrag ins Grundbuch gibt die Vermutung für das Eigentum am Grundstücke, der Besitz gibt die Vermutung für das Eigentum an beweglichen Sachen [1]. Aber auch dies gibt dem Richter nur einen Anhalt; es ist nicht ein Zwangsgebot, und er muß auch alle Umstände berücksichtigen, welche dagegen sprechen.

β) Tatsachenstoff und Beweislast.

§ 55. Der Beweis war ursprünglich Gottesbeweis; man nahm an, daß nicht der Richter, sondern die Gottheit im Falle der Tatsachenbestreitung die Entscheidung gebe [2]. So entwickelte sich das Gottesurteil, der Zweikampf, der Eid, der nichts anderes war als eine Selbstverfluchung, welche eine Entscheidung der Gottheit herausforderte. In diesem Zustande finden wir den Beweis in Deutschland und teilweise auch noch in Italien bis in das 12. und 13. Jahrhundert hinein. Und zwar ist hier hauptsächlich maßgebend der Eid der einen oder anderen Partei; der Zweikampf hatte sich mehr auf den Strafprozeß zurückgezogen und kam auch hier außer Gebrauch [3]. Der Eid der Partei konnte ein Eineid oder ein Eid mit Eideshelfern sein. Letztere waren ursprünglich Familiengenossen, welche mit der Partei die Verfluchung für den Fall der Unwahrheit aussprechen mußten; später konnten auch dritte Personen als Eideshelfer zugezogen werden.

---

[1] Auch die Vermutung des § 1362 BGB. gehört hierher. Über den Charakter der Vermutung überhaupt vgl. Arch. f. civ. Prax. 96 S. 363.

[2] Vgl. oben I S. 58 f.

[3] Wir finden ihn im Strafprozeß noch beispielsweise in Bologna 1250 und 1259 (Monum. istorici pertinenti alle provincie della Romagna I p. 258, II p. 305) und 1251 in Viterbo IV 130; vgl. Arch. f. Strafrecht 56 S. 1 f. Spuren des richterlichen Zweikampfs finden sich noch in der alten HofGerichtsO. für Rottweil, vgl. Kohler, Verfahren v. Rottweil S. 66. In manchen Städten, wie in Worms, bestanden alte Privilegien, daß die Bürger nicht zu kämpfen brauchten, so von Otto IV. 1208, Friedrich II. 1220, Karl IV. 1348 (Boos, Wormser Urkundenb. I p. 87, II p. 257), Ratsprotokolle in Kohler und Koehne, Wormser Recht S. 43: keyn unser burger mag den andern ansprechen zu kemppen.

Regelmäßig hatte bei Schuldklagen der Beklagte die Befugnis, sich mit dem Eide (mit oder ohne Eideshelfer) zu befreien. Allmählich erlangte der Gläubiger die Befugnis, wenn er mit Zeugen den Beklagten überführen konnte, ihm den Eid zu „verlegen", und so entstand das noch im sächsischen Prozeß sich findende Wahlrecht des Klägers zwischen Beweis und Eideszuschiebung. Wenn aber der Beklagte, anstatt einfach zu leugnen, eine befreiende oder anspruchhindernde Tatsache brachte, so hatte der Kläger sie mit seinem Eide zu entfernen, sofern sie der Beklagte nicht seinerseits mit Zeugen belegte.

Das deutsche Recht sprach darum von einem Eidesrecht, d. h. von einem Rechte, eine Schuld oder eine Tatsache eidlich ableugnen zu dürfen. Allmählich trat dieser Gedanke in den Hintergrund; die Verlegung des Eides durch Beweismittel galt nun als das Wichtigere, und der Gedanke war jetzt: wenn der Behauptende den Eid nicht durch solche Beweismittel verlegen kann, dann wird er vom Eide des Gegners überwältigt; er muß also derartige Beweismittel bringen, sonst unterliegt er dem Eide. Man sprach daher nicht mehr von dem (selbstverständlichen) Beweisrecht oder Eidesrecht des Gegners, sondern von der Beweislast des Beweisführers; man sprach von einer Beweislast des Klägers, soweit es sich um das Entstehen der Schuld handelte, und ebenso sprach man von einer Beweislast der Beklagten, soweit eine befreiende Tatsache in Frage stand. So entstand die Lehre von der Beweislast. In diesem Stande findet sich die Sache auch im römischen Recht, welches nach der ganzen Art seiner Entwicklung die Stufe des Gottesrechts und des Beweisrechts längst überwunden hatte und den Satz aussprach: Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat und: necessitas probandi incumbit illi, qui agit, fr. 2 und 21 de probat. Und auch im mittelalterlichen deutschen Recht gewann diese Fassung eine um so größere Bedeutung, als der Unschuldseid abkam und die Eideszuschiebung, welche nichts anderes gewesen war als die Anrufung des Unschuldseides, eine andere Gestaltung annahm.

Die Beweislast hatte eine sehr erhebliche Bedeutung in der Zeit, als der Beweis, obgleich er aufgehört hatte, Gottesbeweis zu sein, noch gesetzlicher Beweis war. Mit dem Augenblick aber, wo die freie richterliche Beweiswürdigung eintrat, war die Herrschaft der Beweislast zu Ende, oder sie sollte mindestens zu Ende sein; daß man der Beweislast immer noch Bedeutung beimißt, beruht darauf, daß selbst nach über drei Jahrzehnten der deutschen ZPO. vielen Juristen das veraltete Recht noch in den Gliedern steckt.

Aus den Zeiten des gesetzlichen Beweisrechts stammt der Satz, daß die Beweislast der oben angeführten Einteilung der Tatsachen entspreche; man nahm an: der Kläger habe die Klagetatsachen, der Beklagte die befreienden und hindernden Tatsachen zu beweisen. Die Beweislast aber bedeutete früher: wenn der Beweis nicht geführt wird, so kommt es zum Eide des Gegners; jetzt sagt man: wenn der Beweis nicht geführt wird, so wird angenommen, die zu beweisenden Tatsachen seien nicht vorhanden; denn der Eid des Gegners in der alten Form ist weggefallen. Man sagt also: wenn der Kläger eine anspruchbegründende Tatsache nicht beweisen kann, so gilt diese als nicht vorhanden, sein Anspruch gilt als nicht gegeben, und er verliert den Prozeß; wenn dagegen der Beklagte eine hindernde oder befreiende Tatsache nicht zu beweisen vermag, dann wird diese Tatsache als nicht vorhanden betrachtet, und die Klagetatsachen führenden Kläger zum Ziel.

In unseren Zeiten, wo der Beweis ein richterlicher ist und lediglich auf die Überzeugung des Richters geht, ist die Bedeutung der Beweislast gleich Null; sie wird heute nur noch durch das formale System der Eideszuschiebung aufrechterhalten, weil der Beweispflichtige vom Gegner den Eid verlangen (ihm den Eid zuschieben) kann, worauf der Gegner den Eid leistet oder zurückschiebt: bei diesem System entscheidet also die Beweislast über die Eidespflicht; doch hat man auch hier in höchstem Mißverständnis des neuzeitigen Rechts ihre Bedeutung erheblich übertrieben; denn da der Richter stets einen richterlichen Eid auferlegen kann ohne Rücksicht auf die Beweislast und ohne Rücksicht auf einen etwaigen zugeschobenen Eid, so kann auch hier ein verständiges Walten des Richters sich über die ganze Lehre der Beweislast hinwegsetzen. Läßt man aber noch gar, was nur eine Frage der Zeit ist, die Eideszuschiebung fallen, und geht man zum Grundsatz des einfachen richterlichen Eides über, so ist von Beweislast keine Rede mehr; sie könnte nur in Betracht kommen, wenn gar kein Beweis geführt wird, so daß die richterliche Überzeugung in keiner Weise weder für noch dagegen begründet wird: dieser Fall kann aber bei einem Richter, der das Leben versteht und die Beweiswürdigung nicht in der alten

formellen Weise auffaßt, nur selten vorkommen, denn alle Umstände des Prozesses werden den verständigen, menschenkundigen Richter dahin führen, daß er die eine Behauptung wahrscheinlicher findet als die andere; ist aber dies der Fall, so kann es sich nur darum handeln, daß er durch einen richterlichen Eid die Wahrscheinlichkeit zur Überzeugung ergänzt.

Sollte es aber schließlich zu einem Falle kommen, daß über einen Punkt absolutes Dunkel herrscht und über das non liquet nicht hinausgekommen ist, so hat der Richter soweit tunlich nicht kraft formeller Schablone, sondern nach der Billigkeit des einzelnen Falles zu entscheiden [1].

Hiernach kann man die Weisheit der Redaktoren des BGB. ermessen, die durch ein künstliches Wortsystem, wie „Wenn . . . nicht" oder „Wenn nicht . . .", die Beweislast regeln wollten und, um die Beweislast zu bezeichnen, die Diktion einer Menge von Paragraphen des Gesetzes verballhornten, — hätte man doch eher ein althebräisches Zeichen beigefügt oder die Beweislast durch Rot- oder Blaustift markiert!

b) Vorbringen von Beweisen.

§ 56. Da der Richter in vielen Fällen den Beweis braucht und auf das Vorbringen der Parteien angewiesen ist, so ist es in ihrem eigenen Interesse, den Beweis anzutreten, d. h. Beweismittel in Vorschlag zu bringen, um die Überzeugung des Richters über das Sein oder Nichtsein einer Tatsache zu erwecken. Sie haben dies zu tun ohne besondere Aufforderung; sie haben es zu tun in gleicher Weise, wie sie die Tatsachen vorzubringen haben, ohne daß deshalb ein besonderer Abschnitt des Verfahrens gemacht würde (§ 282 f. ZPO.). Man nennt dies, nicht etwa sehr zutreffend, Beweisverbindung.

Vom Beweisvorbringen ist grundsätzlich die Glaubhaftmachung verschieden. Sie soll nicht die Überzeugung des Richters über eine Tatsache erwecken, sondern nur dem Vorbringen einen bestimmten Halt geben, so daß daraufhin eine verantwortliche Prozeßhandlung ergehen kann. Hier können nur solche Beweise vorgeschlagen werden, die sofort erhoben werden können; Eideszuschiebung ist nicht statthaft, wohl aber das Erbieten zur Versicherung an Eides Statt, welche eine leichtere Form des Eides ist (§ 294 ZPO.) und nach der Ansicht des Reichsgerichts (Entsch. 50 S. 360) auch schriftlich geschehen kann. Die Fälle sind aufgezählt in meinem Grundriß des Zivilprozesses S. 71, 72.

c) Prozeßhandlungen mit zivilrechtlicher Wirkung.

§ 57. Rechtshandlungen sind endlich alle Prozeßtätigkeiten mit zivilrechtlicher Wirkung, die sich in den Formen des Prozesses bewegen und zu Teilen desselben werden. Derartige zivilistische Rechtshandlungen können, sofern sie in einer ankunftsbedürftigen Erklärung bestehen, ebensogut im Zivilprozeß erfolgen als außerhalb. Im ersten Fall sind sie Teile des Zivilprozesses und hängen sie mit dem Zivilprozeß zusammen; sie stehen und fallen mit dem Zivilprozeß, tragen alle Schicksale zivilprozessualischer Handlungen. Von diesen Rechtshandlungen kommt in Betracht 1. das Vorbringen einer zivilrechtlichen Einrede; diese ist eine zivilistische Befugnis, kraft der ein Anspruchbetroffener die Erfüllung des Anspruchs verweigern darf [2]. Diese Befugnis kann außergerichtlich geltend gemacht werden und hat dann die verschiedensten Wirkungen; z. B. daß die sonst etwa zulässige Selbsthilfetätigkeit des Klägers unzulässig wird. Im übrigen unterscheidet sie sich dadurch von der Anfechtung, daß sie das Recht nicht zerstört: trotz hundertfacher Geltendmachung der Einrede bleibt das Recht in vollem Bestand, und darin liegt gerade das Wesen des Instituts: es soll stets die Möglichkeit bestehen bleiben, über die Einrede durch Verzicht zur Tagesordnung überzugehen und das Recht in seiner vollen Wirksamkeit sich

[1] Über die Relativität der Beweislast gibt treffende Bemerkungen Dickel, Z. f. Rechtspflege in Bayern VI S. 351 f.

[2] Daß diese Einrede von der anspruchaufhebenden und anspruchhindernden Tatsache im obigen Sinne gründlich zu unterscheiden ist, versteht sich von selbst. Doch bestand hier bis vor kurzem eine große Verwirrung. Früher unterschied man exceptiones juris und exceptiones facti; vgl. Azo, Summa in Codic. VIII 35 de except.: exceptio quandoque ponitur large .... pro omni defensione, quae reo competit, etiamsi nulla actori competat actio, et tunc quidam vocant eam exceptionem facti ...

entfalten zu lassen. Einen besonderen Charakter aber nimmt diese Einredegeltendmachung durch Erfüllungsverweigerung im Prozeß an; denn im Prozeß führt sie zur Abweisung der Klage: wenn das Gericht annimmt, daß der Beklagte mit der erfolgten Zahlungsweigerung recht habe, so kann es ihn nicht, auch nicht bedingt, verurteilen; durch ein klageabweisendes Urteil wird daher der Anspruch erledigt und für immer. Hier im Prozeß hat also die Zahlungsweigerung eine Bedeutung, welche sie außerprozessualisch niemals hätte, und darum ist die prozessuale Erklärung etwas Eigentümliches, in keiner anderen Weise Ersetzbares [1].

Die Prozeßtätigkeit kann auch die Form abgeben, in welcher zwei andere zivilistische Tätigkeiten vollzogen werden können. So 2. die Anfechtung; sie hat die Bedeutung, ein Recht, welches zwischen Sein und Nichtsein schwebt, im Nichtsein festzuhalten, so daß das Recht von Anfang an nichtig gewesen ist: die Alternative entscheidet sich dann nach dieser Seite. Hat die Anfechtung vor dem Prozeß stattgefunden, so ist etwas Rechtsnichtiges vorhanden, und dieser Umstand muß selbstverständlich vom Richter ebenso berücksichtigt werden wie irgendeine andere für den Bestand erhebliche Tatsache: dann ist eine Anfechtung nicht mehr erforderlich, ja, nicht mehr möglich. Erfolgt sie aber durch Klage, so ist dies eine besondere Rechtshandlung, die den Regeln einer sonstigen Klage entspricht, in deren Form sie gekleidet ist; sie kann daher wie eine jede Klage zurückgenommen werden (vgl. §§ 1341, 1596, 2342 BGB.). Eine Anfechtung durch Einrede ist allerdings nicht statthaft (die Anfechtungslage kann aber das Material für eine Einrede bilden) [2]. So 3. die Aufrechnung; die Aufrechnung kann außerhalb des Prozesses erfolgen und zerstört dann das Schuldverhältnis in der Art, daß der Richter, wenn nachträglich der Anspruch geltend gemacht wird, das Aufhören des Schuldverhältnisses ebenso berücksichtigen muß wie etwa eine Zerstörung durch Zahlung oder durch eine andere anspruchbeendende Tätigkeit. Es ist aber auch möglich, daß die Aufrechnung im Prozeß erfolgt; dann tritt die Aufrechnungswirkung erst im Prozeß ein; vorher besteht nur die Aufrechnungsmöglichkeit: solche hat weder der Richter zu berücksichtigen, noch braucht der Gegner sich an sie zu kehren; hier bewirkt also die prozessuale Aufrechnungserklärung der Partei eine neue wirksame Wandlung in der Rechtslage — sie ist eine Rechtshandlung [3]. Sie folgt, in die Form der Klage oder Einrede gebracht, den Regeln derselben und kann, wie diese, zurückgenommen und wirkungslos gemacht werden.

d) Prozeßeinwendungen und Prozeßeinreden.

§ 58. Das Prozeßeinwendungsvorbringen ist ein Vorbringen von Prozeßmängeln oder von sonstigen Umständen, welche die Prozeßfortführung als unzulässig erscheinen lassen. Die Prozeßeinwendungen beziehen sich auf Umstände, die das Gericht auch ohnedies berücksichtigen muß; Prozeßeinreden dagegen betreffen solche Umstände, welche den Prozeß nicht unstatthaft machen, welche nur dem Beklagten das Recht geben, den Prozeß abzulehnen; dieses Vorbringen hat völlig den Charakter einer Rechtshandlung: der Beklagte erklärt nicht nur, daß solche Umstände vorliegen, sondern erklärt auch, auf Grund ihrer den Prozeß ablehnen zu wollen.

Bei gewissen Arten der Prozeßeinwendungen und Prozeßeinreden gilt aber noch etwas Besonderes: der Beklagte hat nämlich die Befugnis, den Prozeß zu hemmen, nicht etwa bloß, wenn die Umstände gegeben sind, sondern er hat das Recht, schon durch das Vorbringen dieser Umstände den Prozeß so lange zurückzuschieben, bis Einwendung oder Einrede urteilsmäßig zurückgewiesen ist. Man spricht hier von prozeßhindernden Einreden. Es gehören hierher zwei Fälle der eigentlichen Prozeßeinreden und fünf Fälle der Prozeßeinwendungen; es sind die Fälle der ZPO. § 274 Z. 5 und 6, und die Fälle der ZPO. § 274 Z. 1—4 und 7.

Wird diese Hemmerklärung nicht gegeben, so kann das Gericht zwar auch den Prozeß hemmen, aber es hat die freie Wahl (§ 275 ZPO.).

---

[1] Die weitere Ausführung über den Einredebegriff s. im Lehrb. des bürgerl. Rechts I S. 189 f.

[2] Vgl. Z. f. ZP. XIX S. 29 f., 32 f.

[3] Lehrbuch des bürgerl. Rechts II S. 215 f.

e) Tatsächliche Einwirkungen.

§ 59. Rechtsausführungen können für den Richter bedeutungsvoll sein, sie haben aber nur den Charakter von tatsächlichen, nicht von Rechtshandlungen: wesentlich ist, daß der Richter die richtige Rechtsauffassung erlangt; von welcher Seite er sie hat und durch welche Umstände, kommt nicht in Betracht.

3. Prozeßhandlungen des Gerichts.

a) Allgemeines.

§ 60. Die Tätigkeit des Gerichts ist ebenfalls teilweise eine tatsächliche, teilweise eine rechtliche. Nur tatsächlich ist z. B. die ganze Prüfung der Rechtssätze durch den Richter; denn ob sie geschieht oder nicht geschieht — das Urteil besteht zu Recht; tatsächlich ist die Anspannung der Geisteskräfte, um nichts zu übersehen und um das Mitgeteilte richtig zu gruppieren und unter die richtigen juristischen Gesichtspunkte zu bringen: daß der Richter diese Tätigkeiten richtig vollzieht, ist natürlich eine Lebensfrage der Justiz; allein für die Rechtsbeständigkeit des Urteils ist es ohne Bedeutung, ob der Richter eine solche geistige Tätigkeit richtig oder unrichtig vornimmt: das Urteil hat in beiden Fällen denselben rechtlichen Charakter, es hat dieselbe rechtliche Bedeutung, auch wenn der Richter bei der Verhandlung innerlich geschlafen hat oder geistesabwesend war. Rechtshandlung aber ist vor allem die Beschlußtätigkeit: der Richter beschließt: der Beschluß ist Verordnung oder Entscheidung. Der Richter verordnet, d. h. er bestimmt den Fortgang des Prozesses, und er tut dies auch ohne Antrag der Parteien; er tut dies auch, wenn alle Teile übereinstimmen: die Verordnung ist daher keine Entscheidung. Entscheidung dagegen liegt vor, wenn eine Verschiedenheit entweder zwischen den Anträgen beider Parteien oder zwischen Richter und Parteien obwaltet: möglicherweise beschließt der Richter im Widerspruch mit den übereinstimmenden Anträgen beider Parteien.

Die Verordnungen des Gerichts heißen Verfügungen oder Beschlüsse, Verfügungen dann, wenn sie von dem Vorsitzenden oder beauftragten Richter eines Mehrheitsgerichts ausgehen (§§ 329 cf. 226 ZPO.). Die Entscheidungen des Gerichts heißen nie Verfügungen, sondern stets Beschlüsse oder Urteile; letztere haben verschiedene Eigentümlichkeiten: sie können bei einem Mehrheitsgericht niemals vom beauftragten Richter, sondern stets nur von der Kammer oder dem Senate ausgehen; sie können immer nur ergehen im Anschluß an eine mündliche Verhandlung: in den Fällen also, wo ohne mündliche Verhandlung erkannt wird, können niemals Urteile, sondern nur Beschlüsse erfolgen.

Die Beschlüsse in der mündlichen Verhandlung werden verkündet und entstehen mit der Verkündung durch den Vorsitzenden; die Beschlüsse im schriftlichen Verfahren werden zugestellt und entstehen mit der Zustellung (§§ 136, 329 ZPO.).

Die Urteile werden also stets auf Grund mündlicher Verhandlung verkündet; die Verkündung erfolgt durch den Vorsitzenden (§ 136). Sie soll regelmäßig geschehen durch Vorlesung von einer schriftlichen Niedersetzung des Urteilssatzes, des sogenannten Tenors (§ 311 ZPO.), wie man in Rom sagte: de periculo.

Obgleich das Urteil mit der Verkündung in unantastbarer Weise besteht (§ 318), so soll es doch noch schriftlich niedergesetzt werden, und es soll von sämtlichen urteilsprechenden Richtern unterzeichnet werden (§ 315 ZPO.); es soll neben dem Urteilstenor die Personen der Parteien und ihrer Prozeßbevollmächtigten, das Gericht und die Richter bezeichnen und die Entscheidungsgründe (S. 345) und den oben (S. 286) erwähnten Tatbestand enthalten (§ 313 ZPO.).

Dies galt früher durchaus; für gewisse Urteile war eine Vereinfachung dringend notwendig; sie ist jetzt gestattet, für Anerkennungs- und Versäumnisurteile, wo Tatbestand, Entscheidungsgründe, Angabe der Richter weggelassen werden kann, und auch bei der Aufsetzung amtsgerichtlicher Urteile bleibt regelmäßig Tatbestand und Entscheidungsgründe weg (§ 496).

b) Beweiserhebung.

α) Charakteristik.

§ 61. Der Beweis war lange Zeit Gottesbeweis, so daß die Überzeugung des Richters nicht in Betracht kam: nicht er, sondern die Gottheit entschied über die Wahrheit oder Unwahrheit. Aus dieser Zeit, die noch tief in das germanische Mittelalter hineinragt, hat sich das System

des gesetzlichen Beweises herausgebildet, wo man zwar dem Richter die Entscheidung gab, aber in automatischer Weise, indem er nach bestimmten Regeln die Tatsache als bewiesen oder nichtbewiesen annehmen mußte, ganz ebenso wie er sich früher der Gottheit fügte. So kam die sogenannte Beweistheorie auf, namentlich der Satz, daß eine Tatsache durch zwei Zeugen bewiesen werden müsse und nur durch zwei Zeugen zu beweisen sei, ganz ebenso wie früher der Beweis durch Parteien und mit zwei Eideshelfern zu liefern war. Dieser Satz wurde von den Zeiten des Brachylogus und Durantis an[1] in der prozessualen Literatur unendlich oft behandelt. Und der Gedanke von der notwendigen Zweiheit der Zeugen reifte die seltsame Lehre vom halben Beweise, der semiplena probatio[2], als wie wenn eine Überzeugung geteilt werden könnte. Dies wurde dann von anderen in der geistlosesten Weise bis zu Viertelbeweisen und weiter durchgeführt, so daß die Tätigkeit des Richters zu einem arithmetischen Rechenexempel wurde.

Das mußte mit der Reform des Prozesses im 19. Jahrhundert aufhören. Mehr und mehr kam der Gedanke, daß der Richter an den Ausfall gewisser Beweise gebunden sei, ab, seitdem die Zeugenaussagen mehr in die Tiefe gingen, die Zeugen weniger schablonenmäßige und mehr sachgemäße Aussagen zu geben hatten; man mußte erkennen, daß die Auffassung des Richters von wesentlicher Bedeutung sei, und daß die Art und Weise, wie die Zeugen sich äußerten, vieles der richterlichen Würdigung anheimgab, namentlich auch in der Richtung, ob die Tatsache den einen oder anderen Charakter, ob die bezeugten Worte das eine oder andere Verständnis hatten. Die Erinnerung an die alten Eideshelfer ging ganz verloren; die Zeugen gewannen ihre neuzeitige Bedeutung, als Mittel, die richterliche Überzeugung zu beeinflussen[3]. So erstand an Stelle des gesetzlichen das richterliche Beweisrecht, und die Entscheidung der Frage, ob etwas bewiesen ist oder nicht, war nun nicht mehr nach automatischen Rechtsnormen, sondern nach den natürlichen Gesetzen der Erfahrung zu geben.

Die PO. geht, wie es sich im neuzeitigen Recht von selber versteht, von dem Prinzip der freien Beweiswürdigung des Richters aus; d. h. es ist lediglich seinem inneren Befinden anheimgegeben, ob er von einer Tatsache sich überzeugt fühlt oder nicht (§ 286 ZPO.). Diese Überzeugung kann er sich ohne alles Weitere verschaffen: aus der bloßen Betrachtung der Sachlage, aus den Vorträgen der Parteien und aus dem Eindruck, den sie in ihm hervorrufen[4]. Insbesondere steht ihm auch der Indizienbeweis, d. h. die Schlußfolgerung nach den Grundsätzen der Lebenserfahrung, in hohem Maße zu. Wird er sofort voll überzeugt, so bedarf es keiner Beweiserhebung. Ist dies aber nicht der Fall, wird in ihm etwa nur eine Wahrscheinlichkeit, nicht eine volle Überzeugung wachgerufen, dann muß er sich in anderer Weise helfen. Wie unten (S. 326) darzulegen, kann er jeder der Parteien einen Eid auferlegen, sofern er annimmt, daß hierdurch die volle Überzeugung erregt wird. Er kann sich aber auch, wenn die Parteien Beweismittel bringen, dieser Beweismittel bedienen.

Die Folge ist daher: die Erhebung der Beweise ist eine Rechtshandlung des Gerichts; sie geschieht nach Rechtsgrundsätzen, und sie hat Rechtsfolgen, insofern, als der Richter gehalten ist, die erhobenen Beweise in Betracht zu ziehen. Die Schlüsse aber, die der Richter aus den

---

[1] Brachylogus IV 16; Durantis I part. 4, § 11, Nr. 7 und II part. 2 de prob. § 3, Nr. 28. Im Wormser Recht Anfang des 14. Jahrh. wurden 3 ehrbare Zeugen verlangt, Kohler und Köhne, Wormser Recht S. 44. Sodann verlangte man gegen einen Inwohner das Zeugnis eines Inwohners; das Zeugnis von Frauen wurde nur ausnahmsweise zugelassen usw. Späteres bietet König, c. LXXX: von der zal der gezeugen. Damit war die Beweistheorie nicht abgeschlossen; in gewissen Fällen verlangte man eine größere Anzahl von Zeugen, in vielen Fällen genügte nur der Urkundenbeweis, vgl. Como (1219) a. 221—229 (Mon. hist. patr. XVI p. 87); ein Gedanke, der in Frankreich seit der Ordonn. de Moulins v. 1566 eine große Bedeutung erlangt hat und heutzutage noch zu den Grundfesten des französischen Prozesses gehört (a. 1341 ff. Code civ.).

[2] Durantis an der zweitzitierten Stelle: Sex genera semiplenae probationis, primum per unum testem. Heutzutage gilt die Beweistheorie noch in Schweden kraft Prozeßgesetz v. 1734.

[3] Diese Umbildung läßt sich in Italien, Frankreich und Deutschland nachweisen; für Deutschland vgl. Kühtmann, Romanisierung des Zivilprozesses in Bremen S. 9 f., 71 f., über das Rottweiler Hofrecht vgl. Kohler, Verfahren des Hofgerichts Rottweil S. 65 f.

[4] Hiergegen spricht nicht RG. II. 1. 1912 JW. 41 S. 356. Der Richter hat nur zu erklären, daß er die Überzeugung erworben habe; woraus, ist seine Sache.

Zeugenaussagen zieht, sind rein tatsächlicher Natur; sie erfolgen nach den Regeln der Lebensklugheit und Lebenserfahrung, und ihre Wirkung kann nur die Überzeugung des Richters sein.

Die Beweismittel sind prozessualische Hilfsmittel, um im Laufe des Prozesses die Überzeugung des Richters zu erregen, indem sie ihm Gründe geben, um das eine oder andere anzunehmen; diese Gründe heißen Beweisgründe, und das Wesen der Beweismittel besteht darin, daß hierdurch dem Richter Beweisgründe geboten werden.

Die Beweisgründe können wir in folgender Weise ordnen: 1. sie können liegen in der eigenen sinnlichen Wahrnehmung des Richters: was der Richter im Laufe des Prozesses sieht (hört usw.), wird er wohl für wahr halten. Sie können aber auch 2. liegen in der sinnlichen Wahrnehmung eines Dritten: was der Dritte sinnlich wahrgenommen hat, wird der Richter zwar nicht notwendig für richtig halten, denn die Wahrnehmung des Dritten kann in der verschiedensten Weise getrübt sein; aber jedenfalls wird dies für den Richter ein Anlaß sein, die Tatsache eher anzunehmen als nicht.

Neben dieser Wahrnehmung des Dritten steht 3. das technische Befinden eines Dritten. Sofern nämlich ein Dritter aus einer technischen Untersuchung eine Überzeugung schöpft, wird dies ebenfalls für den Richter ein bedeutender Beweisgrund sein können, sofern er an die Technik und ihre Ergebnisse glaubt, auch wenn es ihm mangels technischer Vorkenntnisse nicht möglich ist, die Untersuchung nachzuprüfen. Ferner kann vor allem 4. das Geständnis einer Partei, d. h. ihre Erklärung über eine ihr ungünstige Tatsache, für den Richter ein Beweisgrund sein, nach dem psychologischen Grundsatz, daß niemand sich gern etwas Ungünstiges andichten wird, daß also in einem solchen Falle regelmäßig das Wahrheitsgefühl willkürlich oder unwillkürlich zutage tritt.

Diesen benannten Beweisgründen stehen 5. die unbenannten entgegen. Es sind das alle diejenigen, die man unter dem Ausdruck „Indizien oder Anzeichen" zusammenfaßt, und deren Bedeutung eben gerade darin liegt, daß von einer Tatsache auf die andere geschlossen werden kann, weil hier ein mehr oder minder sicheres Ursachenverhältnis besteht. Dieses Indizienwesen hat im Strafprozeß eine besondere Entwicklung gefunden: die Italiener haben es hier sorgfältig entwickelt; Schwarzenberg hat ihm in der Bambergensis, das Reichsrecht in der Carolina eine ausführliche Darstellung gegeben; es ist aber auch im Zivilprozeß von der allergrößten Bedeutung.

Jedes Beweismittel kann die verschiedensten Beweisgründe bieten; selbstverständlich sind diese Gründe nicht gleichwertig. Von der größten Bedeutung wird die eigene Sinneswahrnehmung des Richters sein, von sehr verschiedener, vielleicht von nur loser Bedeutung der Indizienbeweis. Danach spricht man von Beweiskraft: man sagt, daß das Beweismittel eine größere oder geringere Beweiskraft habe. Außerdem aber kann der Beweisgrund in mehr oder minder sicherer oder getrübter Weise aus dem Beweismittel hervorgehen: hier spricht man von Zuverlässigkeit des Beweismittels. Beides kommt in Betracht; die Bedeutung eines Beweismittels liegt a) in seiner Beweiskraft, b) in der Zuverlässigkeit, mit der es diese Beweiskraft zu verschaffen vermag. Hiernach kann z. B. eine Urkunde die allerverschiedenste Beweiskraft bieten; so hat z. B. das eigenhändige Testament sehr starke Beweiskraftnatur, während ein Brief, aus dem auf den Sinn einer Bestimmung des Testaments geschlossen werden soll, vielleicht recht minderwertig ist und nur ein loses Anzeichen gewährt. Dagegen kann wiederum z. B. das vorgelegte Testament in seiner Echtheit bestritten sein, so daß die Zuverlässigkeit der Urkunden notleidet, während der Brief mit geringer Beweiskraft zweifellos echt sein kann. Natürlich wird das beste Beweismittel unbrauchbar, wenn seine Zuverlässigkeit nicht hergestellt werden kann, und umgekehrt wird das zuverlässigste Beweismittel für den Prozeß bedeutungslos sein, wenn aus ihm nichts zu entnehmen ist. Beide Dinge werden in der Prozeßdarstellung gewöhnlich heillos durcheinandergeworfen, und darin liegt vor allem die Verwirrung in unserer Beweislehre.

β) Beweismittel im einzelnen.

§ 62. Die Beweismittel sind: Augenscheinsgegenstand, Urkunde, Zeugen, Sachverständige. Dazu kommt noch das bei uns ganz formal entwickelte Beweismittel des Eides.

Augenschein als Beweismittel ist nicht die Augenscheinstätigkeit, sondern der zu

beaugenscheinigende Gegenstand[1]. Er kann die verschiedensten Beweisgründe bieten; vor allem den Beweisgrund der eigenen sinnlichen Wahrnehmung des Richters, sofern das zu Beweisende im Augenscheinsgegenstand liegt; es handelt sich z. B. um die Probemäßigkeit der Ware, und der Richter soll sich hiervon durch die Besichtigung der Ware und der Probe selber überzeugen. Viele hatten nur diese Funktion des Augenscheins im Auge und wollten ihm darum eine ganz besondere Stellung im Prozeßleben anweisen: das ist verkehrt: denn mitunter kann aus dem Augenschein auch nur ein reines Indizium, und vielleicht ein solches sehr loser Art, entnommen werden; wie sich das von selbst ergibt, wenn wir uns an den Augenschein im Strafprozeß erinnern, wo aus der Besichtigung der Örtlichkeit vielleicht nur ein Hinweis auf den Täter hervorgeht, der erst durch andere Beweise zur Überführung werden kann. Ebenso kann im Zivilrecht, wenn es sich z. B. um die Verwüstung eines Gartens handelt, durch den Augenschein irgendeine Vermutung für die Täterschaft begründet werden, aber auch nur eine vielleicht recht lose Vermutung.

Von besonderer Bedeutung ist der Augenschein im Industrierecht. Hier werden nicht nur Sachen, sondern auch Methoden, Fabrikationsweisen in Augenschein genommen; darum sprachen wir nicht von Augenscheinssachen, sondern von Augenscheinsgegenständen. Wesentlich ist, daß dabei das Gewerbegeheimnis gewahrt werden muß; denn möglicherweise finden sich in der zu besichtigenden Fabrik gewerbliche Geheimnisse, welche durch rücksichtslose prozessualische Offenlegung aufhören würden, Geheimnisse zu sein, so daß der Berechtigte einen schweren Verlust erlitte. Der Augenschein darf in solchem Falle nur mit denjenigen Vorsichtsmaßregeln vorgenommen werden, welche eine Wahrung der Geschäftsgeheimnisse ermöglichen; hier muß daher nötigenfalls von dem Grundsatz der Parteienöffentlichkeit abgegangen werden[2].

Die Zuverlässigkeit des Augenscheins hängt natürlich davon ab, daß der besichtigte Gegenstand wirklich der Gegenstand ist, für den er ausgegeben wird. Dies kommt in einer Beziehung besonders in Betracht, nämlich was den Kauf nach Probe betrifft: hier ist es eine Lebensfrage, daß der Augenschein mit der echten Probe vorgenommen wird; weshalb der Makler, der ein solches Geschäft vermittelt, verpflichtet ist, die Probe aufzubewahren, um dadurch die Frage der Echtheit außer Zweifel zu setzen (§ 96 HGB.).

Dem Augenschein verwandt ist die Urkunde; sie gibt dem Richter die Möglichkeit, das Geschriebene in der Art zu verfolgen, als ob er die Tätigkeit des Schreibenden vor sich sähe: eine vergangene Tätigkeit wird dadurch verewigt. Der Begriff der Urkunde ist daher im Prozeß so weit als möglich zu fassen: es gehört dazu jede in irgendeiner Weise durch Schrift oder Symbol festgelegte Geistesäußerung[3]. Die Urkunde kann die verschiedensten Beweisgründe bieten, insbesondere kann sie die Beweistatsache selbst enthalten; dann ist ihre Beweiskraft die größte; so bei einem eigenhändigen Testament, bei einem schriftlich abgeschlossenen Vertrag. Möglicherweise enthält sie aber auch nur ein Geständnis, möglicherweise nur die Aussage über die Wahrnehmung eines Dritten, möglicherweise nur ein näheres oder fernes Anzeichen oder Indiz.

Auch bei dem Urkundenbeweis spielt natürlich die Frage der Zuverlässigkeit eine große Rolle; „zuverlässig" heißt hier „echt": es ist die Eigenschaft, daß die Urkunde von der Person herrührt, der sie zugeschrieben wird. In dieser Beziehung haben die sogenannten öffentlichen Urkunden (aller Art), d. h. die von einer öffentlichen Behörde oder Urkundsperson innerhalb ihres Kreises in der vorgeschriebenen Form ausgestellten Urkunden, einen großen Vorzug: sie haben die Vermutung der Echtheit für sich, d. h. es wird nicht nur der Richter, wie selbstverständlich, eine derartige, nur mit Schwierigkeit zu fälschende Urkunde im Zweifel für echt halten, sondern er wird vom Gesetz noch besonders dazu ermächtigt; doch steht ihm die freie Befugnis zu, im Zweifel von Amts wegen nachzuforschen (§ 437). Den gleichen Vorzug haben die Privaturkunden nicht; für den Beweis ihrer Echtheit kommt namentlich die Schriftvergleichung in Betracht, beruhend auf der Erfahrung der Individualität der Handschrift (§ 440 f. ZPO.). Heutzutage hat man noch besondere Hilfsmittel, namentlich die vergrößernde Photographie, um der Sache auf die Spur zu kommen.

[1] Archiv f. Strafrecht 60 S. 212.

[2] Prozeßrechtliche Forschungen S. 78 f.

[3] Über den Unterschied von Urkunde und Augenscheinsobjekt vgl. meine Abhandlung im Arch. f. Strafrecht 60 S. 212. Der Unterschied tritt vielfach hervor, z. B. auch in § 580 Z. 7 b ZPO.

Von besonderer Bedeutung ist die Urkunde, welche die Aussage eines Dritten über seine Wahrnehmung enthält; sie ist ein recht mittelbares Beweismittel: sie ist ein Beweismittel, das wiederum ein anderes Beweismittel, eine Zeugenaussage, enthält, welche ihrerseits nach ihrem Beweisgrund und ihrer Zuverlässigkeit zu prüfen ist. Darum hat dieses Beweismittel an sich nur eine sehr unsichere Bedeutung. Allein in einer Anwendung steigt es zu einem Beweismittel ersten Ranges empor, wenn es nämlich von einem öffentlichen Beamten oder einer öffentlichen Urkundsperson (Notar) über Wahrnehmungen, die sie gemacht, namentlich über Erklärungen, die sie gehört haben, errichtet wird. Denn hier wird die Urkunde, sowohl was die Gründlichkeit der Wahrnehmung als auch was die Zuverlässigkeit der Erklärung betrifft, durch die Stellung und Verantwortlichkeit der ausstellenden öffentlichen Person gedeckt. Diese Urkunden haben sich schon im römischen Recht als acta publica entwickelt; sie haben mit der Entwicklung des Notariats in Italien, bei welcher die Glossatoren eine große Rolle spielten [1], einen neuen Aufschwung genommen. Heutzutage unterliegen sie natürlich auch der richterlichen Würdigung; die ZPO. hat noch in einer etwas altertümlichen Weise die Ausdrucksformel gebraucht, sie lieferten vollen Beweis, es sei aber, abgesehen von wenigen Fällen, der Beweis der Unrichtigkeit vorbehalten (§ 415 f.)!

Zeuge ist derjenige, der dem Gerichte im Prozeß über gemachte Wahrnehmungen Auskunft geben soll, über Wahrnehmungen sinnlicher oder auch außersinnlicher Art: ein Zeuge kann befragt werden, nicht etwa bloß über das, was er gesehen oder gehört hat, sondern auch über das, was er bei einer gewissen Gelegenheit gedacht, ob er etwas vorausgesehen, ob er etwas für möglich gehalten habe.

Die Wahrnehmungen, auch die sinnlichen, sind niemals reine Sinnesfunktion: sie sind stets verbunden mit einer Verstandestätigkeit, da der Verstand die einzelnen sinnlichen Eindrücke miteinander verbinden, zu einem Ganzen gestalten, ihre Beziehungen zueinander erkennen und aus den äußeren Erscheinungen die inneren Faktoren herausholen muß, wenn überhaupt eine vernünftige Aussage herauskommen soll [2]. So wird z. B. die Erklärung, ob etwas groß oder klein, ob viel oder wenig, immer nur unter Bezugnahme auf Vergleichungsmomente gegeben werden können; und darum wird auch z. B. der Physiker, Astronom, Mediziner eine ganz andere Aussage machen als der Laie, weil er die sinnlich wahrgenommenen Erscheinungen ganz anders zusammenzufassen und zu kennzeichnen vermag.

Stets aber kann der Zeuge nur vernommen werden über Wahrnehmungen von Wirklichkeiten und die daran sich knüpfenden Verstandestätigkeiten, nicht aber über Möglichkeiten und Eventualitäten; er kann darüber befragt werden, was er bei einer Gelegenheit gedacht habe, nicht aber über das, was er gedacht hätte, wenn der und jener Umstand eingetreten wäre. Denn dies ist nicht ein wirklicher Vorgang, sondern nur eine Möglichkeit, welche zwar durch Schlußfolgerungen erhascht, nicht aber wahrgenommen werden kann; Schlußfolgerungen aber sind eine ganz andere Verstandestätigkeit als Wahrnehmungen: zu neuen Schlußfolgerungen ist der Zeuge nicht verpflichtet; er ist nur verpflichtet, solche Schlußfolgerungen anzugeben, die er bereits wirklich gemacht hat.

Die Zeugenaussage bietet den Beweisgrund der Wahrnehmung des Zeugen. Dieser Beweisgrund kann nach zwei Richtungen hin zu würdigen sein: einmal nach dem Gegenstand des vom Zeugen Beobachteten; danach bemißt sich die Beweiskraft vor allem: der Zeuge kann gerade die Beweistatsache wahrgenommen haben, möglicherweise aber auch nur ein Geständnis, möglicherweise nur ein näheres oder ferneres Anzeichen (Indizium). Er kann aber weiter in Betracht kommen je nach seiner Intensität: die Wahrnehmung kann eine oberflächliche oder eine tiefe und scharfe sein; sie kann gemacht sein, während der Zeuge frisch und beobachtungsfähig oder während er in seiner Wahrnehmungskraft getrübt war: danach kann die Wahrnehmung des Zeugen eine richtige und unrichtige, eine klare und verschwommene sein. Alles dieses beeinflußt natürlich die Beweiskraft.

Von anderer Bedeutung ist die Zuverlässigkeit der Zeugenaussage; Zuverlässigkeit insofern, als die Aussage die Wahrnehmung des Zeugen richtig und genau wiedergibt. Die Zuverlässig-

[1] Treffend Voltelini, Acta Tirolensia II, p. 20 f.
[2] Vgl. den bedeutenden Aufsatz von Groß im Archiv f. Strafrecht 49, S. 184 f.

keit kann eine Zuverlässigkeit nach der intellektuellen und nach der Willensseite sein. Ein Zwiespalt zwischen Wahrnehmung und Zeugenaussage kann darauf beruhen, daß der Zeuge sich nicht mehr genau erinnert und daher wider Wissen etwas Mangelhaftes oder gar etwas ganz Falsches angibt: das kommt öfter vor, als man glaubt, und es ist eine wesentliche Aufgabe des Richters, durch seelische Prüfung der Aussagen diesen Widerstreit auszugleichen; denn die Eindrücke des Zeugen verwischen sich nicht bloß, sondern sie vermischen sich auch mit anderen und nehmen im Geiste allmählich eine ganz andere Kennzeichnung an: in solchem Falle stets an bewußte Unwahrheit denken zu wollen, wäre im höchsten Maße verkehrt [1].

Die Zuverlässigkeit hängt aber allerdings auch davon ab, daß der Zeuge die Wahrheit sagen *will*, daß er dasjenige — dieses aber vollständig — angeben will, was er wahrgenommen hat; auch davon, daß der Zeuge sein Gedächtnis scharf zu Rate zieht, sich gründlich erforscht und nötigenfalls auf die Hilfsmittel zurückgeht, welche sein Gedächtnis unterstützen können. Dies ist die Zuverlässigkeit nach der Willensseite. Zur Steigerung der Zuverlässigkeit in diesem Sinne hat man die Beeidigung des Zeugen eingeführt. Über den Ursprung des Eides ist in der Rechtsphilosophie gehandelt worden (I S. 61). Heutzutage ist er eine feierliche Beteuerung, deren Verletzung schwere Strafe nach sich zieht.

Der Eid des Zeugen war bisher regelmäßig ein Voreid; nach der Prozeßnovelle ist er zum Nacheid geworden (§ 392): mit Recht; es ist überflüssig, daß sich der Eid auf unerhebliche Dinge bezieht; was erheblich und unerheblich ist, kann sich aber erst nach der Aussage ergeben. Auch wird der Zeuge unbefangener aussagen, wenn er sich zuerst ohne Eid erklärt, worauf man ihn dann auf die Punkte aufmerksam macht, auf die es ankommt, und die er noch besonders überdenken möge.

Gewisse Personen sind unbeeidigt zu vernehmen; bei anderen ist die Beeidigung dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt; mit Übereinstimmung beider Teile fällt in Vermögensprozessen die Beeidigung weg (§§ 391 ff., 617 ZPO.). Bei Wiederholung der Aussage im gleichen Prozeß genügt die Berufung auf den früheren Eid (wobei das RG. irrig annimmt, dies gelte nur bei Gleichheit des Beweisthemas, Bd. 48 S. 387).

Der *Sachverständigenbeweis* ist insbesondere im kanonischen Recht für gewisse heikle Gegenstände entwickelt worden; er hat beim Fortschritt unserer Technik immer größere Bedeutung angenommen. Eine Menge von Fragen ist heutzutage der naturwissenschaftlichen Sachkunde zugänglich, an denen sich das Mittelalter vergeblich versuchte. Gewisse Arten von Sachverständigen: der chemische Sachverständige, der Gerichtsarzt, der Dolmetsch, der Gerichtsschätzer sind besonders hervorzuheben; derartige Personen pflegen bei Gericht im allgemeinen bestellt zu sein: regelrecht sind sie bei Sachverständigenfragen heranzuziehen, nur aus besonderen Gründen durch andere Sachverständige zu ersetzen.

Auch bei den Sachverständigen kommt die Beweiskraft und die Zuverlässigkeit in Betracht; die Beweiskraft je nach der Art, wie sich die durch Sachkunde gefundene Tatsache zu der Beweistatsache verhält: sie kann mit ihr identisch sein, so, wenn sich die Sachverständigen über die Probemäßigkeit der Ware zu äußern haben; sie kann ein loses Indizium bilden, so, wenn der Sachverständige aus den Spuren an den Schuhen sich über die Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit der Anwesenheit an einem bestimmten Orte äußern soll, aus welcher Anwesenheit erst noch Schlüsse auf das Verhalten bei der Tat gezogen werden können. Auch hier kann die größere oder geringere Sicherheit in Betracht kommen, mit welcher die wissenschaftliche Beobachtung ihre Schlüsse zieht. Im übrigen gilt über die Beweiskraft und die Zuverlässigkeit das über die Zeugen Ausgeführte. Die Sachverständigen werden daher auch beeidigt; der Eid war früher stets ein Voreid; heutzutage kann er Vor- oder Nacheid sein (§ 410 ZPO.). Auf die Beeidigung können die Parteien in Vermögenssachen verzichten (ausgenommen im Falle des gerichtlichen Dolmetschers, § 191 GV.).

Der Unterschied zwischen Sachverständigen und Zeugen liegt darin, daß die Sachverständigen verpflichtet sind, für den Zweck des Prozesses eine technische Untersuchung zu machen —, nicht notwendig eine Untersuchung mit der Hand, sondern möglicherweise eine rein geistige Erforschung, — auf Grund der ihnen vorgetragenen Tatsachen, z. B. auf Grund der Beschreibung

[1] Moderne Rechtsprobleme (2. Aufl.) S. 74 f.

des Zeugen über die Art, wie sich ein Verwundeter gebärdet hat. Der Zeuge hat eine solche Verpflichtung nicht; er hat nur über gemachte Wahrnehmungen zu berichten, welche allerdings auch innere Wahrnehmungen sein können, über welche er aber als Zeuge nicht verantwortlich ist. Wenn z. B. ein Arzt die Beobachtungen schildern soll, die er seinerzeit am Krankenbette gemacht hat, so macht er diese Aussage als Zeuge: in dieser Eigenschaft hat er für die Gediegenheit seiner Beobachtungen nicht einzustehen. Wenn er aber auf Grund jener Beobachtungen jetzt eine Prüfung veranstalten und das Ergebnis dieser jetzigen Prüfung angeben soll, so ist er Sachverständiger und ist dafür verantwortlich, daß seine jetzige Prüfung der gegebenen Daten eine gründliche ist. Wenn er früher den Kranken oberflächlich beobachtet hat, kann dies eine Verletzung seiner ärztlichen Pflicht sein; mit seiner Verantwortlichkeit als Zeuge hat dies nichts zu tun. Schon aus diesem Fall ergibt sich, daß jemand zugleich als Zeuge und als Sachverständiger vernommen werden kann, wobei er dann im einen und anderen Fall verschiedene Verpflichtungen übernimmt und daher auch doppelt zu vereidigen ist.

Im übrigen gilt folgender Unterschied:

1. Der Zeuge unterliegt einem weit schärferen Zwang als der Sachverständige, denn dieser ist ersetzlich, der Zeuge nicht (§ 407 f. ZPO.);
2. der Sachverständige kann abgelehnt werden (wie ein Richter), der Zeuge nicht (§ 406 ZPO.) [1].

Zeugen und Sachverständige werden durch den Gerichtsschreiber (nicht durch die Partei) geladen, auf Grund des Beweisbeschlusses, d. h. des vom Gericht gefaßten und verkündeten Beschlusses, welcher sagt, welche Beweise und über welche Umstände diese erhoben werden sollen (Beweisthemata); das Beweisthema soll dem Zeugen und Sachverständigen bei der Ladung mitgeteilt werden (§§ 377, 402 ZPO.).

Ganz veraltet ist unser Institut des Parteieneides. Das einzig Richtige und Zweckentsprechende hatte schon das kanonische Recht entwickelt, nur daß es der Sache eine etwas schablonenhafte Wendung gab. Die Parteien haben sich über die Tatsachen zu erklären; sie können auch veranlaßt werden, ihre Angaben zu beschwören: solche Eide waren im kanonischen Rechte die Kalumnieneide und das iuramentum de veritate dicenda. So sollte es auch heutzutage Sache des Richters sein, von der einen oder anderen Partei Erklärungen über den Sachverhalt zu verlangen und nach Befinden diese Erklärungen beschwören zu lassen. Eine solche Eidesaussage (man nennt sie auch zeugeneidliche Aussage der Parteien) kann für den Richter natürlich von großer Überzeugungskraft sein.

Im englischen Rechte hat sich diese Parteieneinvernahme in der Kanzlergerichtsbarkeit entwickelt, ganz entsprechend dem kanonischen Rechte, und sie ist dann weiter ausgebildet worden [2]; und neuerdings ist es eines der Hauptverdienste der österreichischen ZPO., nachdem ich im „Prozeß als Rechtsverhältnis" von neuem Anregungen dazu gegeben hatte, diesen Grundsatz ausgesprochen und ihm in §§ 371 ff. einen deutlichen Ausdruck gegeben zu haben. Die österreichische ZPO. spricht vom „Beweis durch Vernehmung der Parteien". Natürlich ist es Sache des Richters, die Vernehmung, auch die eidliche, vor dem Urteil vorzunehmen und dementsprechend das Urteil zu erlassen; so jetzt auch, allerdings mit einigen wenig förderlichen Änderungen, die ungarische ZPO. (§ 368 f.). Verweigert die Partei den Eid, so hat das Gericht zu erwägen, welche Bedeutung diesem Umstande beizumessen ist, wobei der Richter die Sachumstände, vor allem auch die Persönlichkeit der zum Eide gerufenen Partei, in Betracht ziehen soll. Überhaupt gilt auch hier die freie richterliche Beweisprüfung.

Die deutsche ZPO. dagegen hat noch ein ganz veraltetes Verfahren beibehalten, welches aus einer Mischung verkehrter justinianischer Grundsätze mit veralteten Normen deutschen Rechts

[1] Gerade nach dieser Richtung ist es wichtig, zu entscheiden, ob ein sachverständiger Zeuge oder ein Sachverständiger in Frage steht, vgl. RG. 15. 11. 1904 Entsch. 59 S. 169.

[2] Von altersher konnte im Equity-Verfahren der Kläger eine eidliche Erklärung auf seine Behauptungen verlangen, und diese konnte durch Haft erzwungen werden, oder die Tatsache galt bei Nichterklärung als zugestanden; so ist es noch nach dem heutigen Recht im Interrogatory-Verfahren, welches bei gewissen Streitsachen ohne weiteres, bei anderen mit gerichtlicher Genehmigung stattfindet, Rules of the Supreme Court Act XXXI, 1 und 21. Vgl. Chitty's Forms in Kings Bench (13. Ed.) p. 273. Ebenso hat sich das beeidigte Interrogatorienverfahren in Spanien erhalten.

beruht. Der römische Prozeß hat in der klassischen Zeit unsere Eideszuschiebungen gar nicht gekannt; er kannte nur ein sogenanntes iusiurandum in iure, welches einen ganz anderen Sinn hatte: die Entscheidung, die an den Richtergeschworenen gekommen wäre, sollte an die Gegenpartei kommen, die man gleichsam als Richter in der eigenen Sache aufstellte, so daß man einen eidlichen Richterausspruch von ihr begehrte: sie hatte zu schwören, daß sie die Rechtssache mit allen Treuen erledigen, ihren Ausspruch mit Gewissenhaftigkeit geben werde. War die Sache aber bereits an den Zivilgeschworenen gekommen, dann war von einer derartigen Eideszuschiebung nicht mehr die Rede, sondern der Richter konnte jeder der Parteien einen Eid auferlegen, soweit er dies für die Bildung seiner Überzeugung für förderlich erachtete. Justinian hat allerdings, wie es eben seine Zeit tat, beides miteinander vermischt (c. 12 de reb. cred. et de iurei. 4, 1), und daraus hat sich das gemeinrechtliche Verfahren entwickelt, wonach der eine Teil, nämlich der Beweispflichtige, über Beweistatsachen vom anderen Teil den Eid verlangen könne: leiste er ihn, so sei die behauptete Tatsache damit abgeschworen, sie gelte als nicht vorhanden; leiste er ihn nicht, so sei die Tatsache erwiesen[1]. Hierbei gestattete man es dem Delaten (dem der Eid zugeschoben war), unter bestimmten Umständen den Eid an den Beweispflichtigen zurückzuschieben (zu referieren) mit der Wirkung, daß dieser zu schwören habe, ansonst das Gegenteil der Tatsache feststehe.

Diese ganz veraltete und verfehlte Ausgeburt justinianischer Weisheit ist mehr oder minder in das gemeine Recht übergegangen. Das kanonische Recht allerdings wurde wenig dadurch beeinflußt: hatte es ja doch seine eigenen Prozeßeide, und diese genügten; daneben noch richterliche Parteieide zuzulassen, wäre ein unerhörter Eideslluxus gewesen. Als man aber diese Prozeßeide aufgab, trat das Gespenst des justinianeischen Verfahrens wieder in die Wirklichkeit. Ihm kam der Brauch des germanischen Verfahrens entgegen, der sich aus der Zeit des alten Unschuldseides erhalten hatte, wo der Kläger die Wahl hatte, entweder Beweise zu bringen oder es auf den Unschuldseid des Beklagten ankommen zu lassen[2]. Der Kläger, der keine Beweise brachte, erklärte nun eben, daß er die Sache dem Unschuldseid des Beklagten überlasse, und diese Erklärung floß mit der Eideszuschiebung in eins zusammen[3]. Und so entwickelte sich in Deutschland ebenso wie in romanischen Ländern[4] das ganz verkehrte System der Eideszuschiebung, wonach der Beweispflichtige von dem Gegner den Eid über eine Tatsache verlangen konnte, mit der Wirkung, daß, wenn er ihn schwor, die Tatsache als nicht vorhanden galt, wenn er den Eid aber nicht leistete, umgekehrt das Vorhandensein der Tatsache angenommen wurde. Dazu kam das justinianeische System der Eideszurückschiebung, wonach der, der schwören sollte, umgekehrt den Schwur zurückschieben, d. h. den Eid von dem Eideszuschiebenden verlangen konnte. Dieses System wurde noch um so verkehrter, als man die Frage über die Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache nicht vor dem Urteil erledigte, sondern die ganze Sache unentschieden in das Urteil hineinnahm. Hier spielte der Gedanke des germanischen Beweisurteils mit. Das Eidesurteil war ja eine Art Beweisurteil: man gab das Endurteil in bedingter Weise, indem man sagte, daß je nach Leistung oder Verweigerung des Eides die oder jene Folge eintreten solle — ein System, so formalistisch und sachwidrig als möglich, namentlich auch ein System, welches es völlig unmöglich macht, in solchem Falle zu vorläufig vollstreckbaren Urteilen in erster Instanz zu gelangen. Im wesentlichen ist es in die deutsche ZPO. §§ 445 ff., 460 ff. übergegangen[5]. Nur in Ausnahmefällen kann der Eid durch Beweisbeschluß auferlegt werden

[1] Vgl. Demelius, Schieds- und Beweiseid S. 9 f., 85 f., 131 f.

[2] In den italienischen Statuten findet sich vielfach die Eideszuschiebung, auch mit Zurückschiebung z. B. Como (1281) a. 297; Chianciano (1287) a. 47; Teramo (1440) II 5. Beispiele von Eidesurteilen v. 1143, 1149 aus Lodi: Cod. Laudens. I 112, 136; Fälle, wo den Zeugen und der Partei zusammen (in germanischer Weise) der Eid auferlegt wurde, v. 1147, 1151 ib. I 124, 143.

[3] Vgl. Sächsische Gerichtsordnung 1622, XVIII §§ 1 f.; auch schon Sächsische Konstitutionen 1572, I a. 12 f.

[4] Pothier, traité des obligat. nr. 818 f.

[5] Wie kompliziert die Sache wird, zeigt sich darin, daß das Gericht nicht in der Lage ist, etwa nur die eine Alternative zu entscheiden und für die andere einen Beweisbeschluß vorzubehalten, vgl. Oberst. LG. München 27. Febr. 1886, Bl. f. Rechtsanw. 51 S. 204. Komplikationen treten auch ein, wenn der Eidespflichtige stirbt, § 471 ZPO., oder wenn der Eid aus Versehen einer unrichtigen Person auferlegt wurde, was besonders bei Gesellschaften, Firmen usw. vorkommen kann, OLG. Hamburg 16. 11. 1911 Mugdan XXV S. 114.

(§ 461); mit diesen Ausnahmefällen hat man aber recht gekargt[1], und man hat gesagt: eine unrechtmäßig durch Beweisbeschluß auferlegter Eid soll unberücksichtigt bleiben; höchstens kommt die Heilung der Unregelmäßigkeit kraft § 295 hier in Betracht[2].

Dem allem könnte das Gericht durch folgendes abhelfen: das Gericht hat nämlich nach der ZPO. das Recht, einen richterlichen Eid aufzuerlegen; es kann dies ohne weiteres tun. Es ist eine aus dem römischen Rechte hervorgehende allgemeine Befugnis, und zwar hat der Richter die Wahl, diesen Eid der einen oder der anderen Partei aufzuerlegen. Er kann dies heutzutage auch ohne jede Beweiserhebung tun[3]; er kann es auch tun im Falle der Eideszuschiebung: denn sobald er erklärt, daß er in einem solchen richterlich auferlegten Eide seine Überzeugung finden werde, braucht er auf die Beweismittel der Parteien, auch auf die Eideszuschiebung, nicht weiter Rücksicht zu nehmen. Dieses Institut hätte somit zu der eidlichen Vernehmung der Parteien führen und das richtige Ziel erreichen können. Allein, es ist mit einer merkwürdigen Unvollkommenheit behaftet, welche jede gedeihliche Entwicklung verhindert hat: der Richter soll nämlich einen solchen Eid niemals vor dem Urteil auferlegen, sondern immer nur durch bedingtes End- oder Zwischenurteil (§ 477 ZPO.)[4]. Dadurch ist der ganzen Einrichtung die Lebenskraft genommen; insbesondere tritt auch hier der Formalismus ein: der Richter muß die Eidesfassung ganz genau bestimmen und kann nicht in die Sache näher eindringen, die Partei nach dem Grunde ihrer Kenntnis fragen und auf solche Weise dem Eid einen tieferen Inhalt verleihen. Auch ist der Richter formell an das Ergebnis gebunden; denn bei einem bedingten Urteil kann man nicht erklären, die Leistung oder Verweigerung des Eides solle nach der Überzeugung des Richters wirken, sondern man kann nur bestimmen, daß im einen Falle diese, im anderen Falle jene Rechtsfolge eintreten, im einen Falle die Wahrheit, im anderen die Unwahrheit der Tatsache angenommen werden solle[5].

Das ist der Formalismus, unter dem noch unser heutiges Recht zu leiden hat[6].

Man hat gegen das System der freien Eideserhebung manches geltend gemacht; man hat gesagt, die Partei könne nicht als Zeuge in eigener Sache befragt werden; — doch warum braucht man diese Eidesleistung Zeugnis zu nennen? Man hat gesagt, die Partei sei nicht verpflichtet, dem Richter Auskunft zu geben; — völlig unrichtig: allerdings, ein unmittelbares Zwangsmittel gibt es nicht, ebensowenig wie es (regelmäßig) einen Zwang zum Erscheinen der Parteien gibt; allein dem Richter steht es anheim, dem Tun oder Nichttun die Bedeutung zuzuschreiben, die eben seiner richterlichen Überzeugung entspricht: es ist Sache der Partei, das Nötige zur Aufklärung zu tun, und wenn ihr widerspenstiges Wesen ihr Schaden bringt, so ist es ihre Schuld. Man hat auch entgegnet, es sei doch zutreffender, eine kurze Eidesformel im Urteil zu fassen, damit die Partei ganz genau wisse, was sie zu beschwören habe, als eine ausführliche Vernehmung zu beeidigen. Allein, dies ist völlig verkehrt: es ist viel leichter, eine umständliche Rede zu beschwören als einen in ein oder zwei Sätze gefaßten Auszug: alles, was wir zu sagen haben, ist mit so vielen Umständlichkeiten und Zweifeln verbunden, hängt mit so vielen beschränkenden und erweiternden Bemerkungen zusammen, daß man der Parteiobliegenheit durch eine nach allen Seiten hin dringende Beleuchtung der Sache besser entsprechen kann, als dadurch, daß man einen Auszug aus dem Ganzen beschwört: man beschwört hiermit leicht zu viel oder zu wenig, und jedenfalls ist es eine furchtbare Gewissensnötigung für die Partei, in einem solchen Falle einen Eid zu leisten. Man nehme nur eine wissenschaft-

[1] Nach § 461 kann der Eid durch Beweisbeschluß auferlegt werden, wenn es sich um einzelne Angriffs- oder Verteidigungsmittel handelt. Hier hat man nun erkannt: die Widerklage ist kein Verteidigungsmittel, läßt daher einen Beweisbeschlußeid nicht zu, RG. 9. 5. 1911 JW. 40 S. 657.

[2] Vgl. RG. 20. 2. 1911 JW. 40 S. 489.

[3] Der richterliche Eid setzt nicht voraus, daß ein teilweiser Beweis geliefert ist, RG. 5. 1. 1910 Hess. Rechtspr. XIII S. 50.

[4] Im Fall des § 99 Abs. 3 ZPO. auch durch den urteilsartigen Beschluß des Beschwerdegerichts, RG. 28. Dez. 1901, Entsch. 50 S. 368. Vgl. auch Zeitschr. f. Zivilprozeß XXIX S. 507 ff.

[5] Daher können im Läuterungsverfahren keine weiteren Fragen berücksichtigt werden, z. B. nicht die Frage des unterdessen eingetretenen Vergleichs, OLG. Stuttgart 9. 5. 1911.

[6] Daher nimmt auch das RG. an, daß bei einer Mehrheit von Parteien dem A kein richterlicher Eid auferlegt werden kann, der nur für B oder C von Bedeutung ist, RG. 27. 5. 1911 Entsch. 76 S. 319.

liche Darstellung als Beispiel: viel leichter ist es, eine Wahrheit auf drei Seiten zu sagen als in einem Satze; sagt man sie in einem Satze, so muß man eine Erläuterung geben, die den verschiedenen Wenns und Abers gerecht wird [1].

Der von dem Richter von Amts wegen aufzulegende Eid hat übrigens eine längere Entwicklung hinter sich. Im Mittelalter wollte man bestimmte Kennzeichen finden, ob der Eid dem Beweispflichtigen oder dem Gegner des Beweispflichtigen aufzuerlegen sei; im ersten Falle sprach man von einem iuramentum suppletorium, im letzten von einem iuramentum purgatorium. Wann das eine oder andere? Früher unterschied man zwischen geringen und wichtigen Sachen und legte in ersteren das suppletorium auf, in letzteren das purgatorium; auch machte man noch mehrere andere Unterschiede [2]. Bartolus aber vertrat bereits den Unterschied, daß es darauf ankomme, ob mehr oder weniger Beweis erbracht sei (suppletorium — purgatorium), ein Unterschied, der später allgemein herrschend wurde [3].

Eine Art dieses richterlichen Eides ist der Würderungseid oder Schätzungseid, welchen der Richter dem Beweisführer über die Höhe des Schadens auferlegen kann, in der Art, daß das Gericht nicht eine bestimmte Summe in den Eid stellt, sondern nur einen Höchstbetrag, bis zu dem hinauf die Partei schwören kann (§ 287 ZPO.) [4].

V. Rechtslagen.

§ 63. In jedem Rechtsverhältnis entwickeln sich Rechtslagen [5]; die Rechtslage ist nicht Recht; sie ist aber eine für die Rechtsbildung maßgebende Lage der rechtlichen Dinge. Solche Rechtslagen ergeben sich von selbst dadurch, daß der Prozeß ein Verfahren bildet, ein Verfahren innerhalb eines Rechtsverhältnisses. Wie bei einem technischen Verfahren das Ergebnis oft erst durch eine Reihe von Mittelstufen gefunden wird, wobei diese Mittelstufen feste Abstufungen bilden, die, einmal erreicht, zum Ausgang weiterer Erfolge werden, so ist es auch auf dem Gebiete des Rechts. Wir können auch im Bereich der Rechtsverhältnisse nicht alles auf einmal schaffen; auch hier arbeiten wir stufenweise einem gewissen Ziele zu. Jede Stufe verlangt ein bestimmtes Maß an Tätigkeit und ein bestimmtes Maß an Intelligenz; die Stufe aber muß fest bezeichnet sein durch ein bestimmtes Maß von Rechtsfolgen: denn von hier soll man rechtlich weitersteigen, und man soll das Ergebnis dieser Stufe ein- für allemal als Ergebnis behandeln. Würde man dies nicht tun, so müßte man immer und immer wieder jede Frage von neuem aufwerfen und alles immer und immer wieder von neuem prüfen.

Solche Rechtslagen führte im gemeinen Prozeß vor allem die sogenannte Eventualmaxime herbei: der Prozeß wurde schablonenmäßig in verschiedene Stufen zerlegt, und wenn eine Stufe überschritten war, so war alles ausgeschlossen, was auf dieser Stufe hätte gebracht werden sollen. Eine andere Scheidung war die in das tatsächliche und in das Beweisverfahren: in jeder dieser Hälften gab es wieder einzelne Stufen mit Ausschlußwirkung.

---

[1] Daher auch der Vorbehalt des RG., daß über hypothetische Entschließungen der Partei kein Eid auferlegt werden kann, weil es sich hier nicht um eine Tatsache handle, RG. 22. 2. 1906 Entsch. 62 S. 415.

[2] Durantis II 2 de juram. delat. § 1, Nr. 3 f.

[3] Zu fr. 31 de jurejur. (12, 2): Aut actor habet pro se tantum, quod facit suspitionem, non autem facit praesumptionem vel semiplenam probationem, et tunc sibi nunquam defertur juramentum ...; sed isto casu defertur reo ad purgationem seu defensionem sui ...; sed defertur actori ..., si vero actor haberet pro se semiplenam probationem, hoc est tantum quod judicem adducat ad opinionem ... Vgl. auch Zimmermann, Glaubenseid S. 229 f.; auch Pothier nr. 829 f. Übrigens findet sich schon in einigen Stadtrechten ein freierer Standpunkt, z. B. Como (1281) a. 297: detur sacramentum a judice actori vel reo, secundum quod sibi videbitur ...

[4] Der Eid ist römisch-rechtlich), findet sich auch in den italienischen Statuten, z. B. Rom 1363 II 81.

[5] Über diesen Rechtsbegriff habe ich zuerst gehandelt in Gruchot XXXI, S. 516 f. (Gesammelte Beiträge S. 219), in „Prozeß als Rechtsverhältnis" S. 62 f. und im Jurist. Literaturblatt X, S. 134. Ich sprach früher von rechtlichen Situationen, was ich hiermit verdeutsche. Der Gedanke ist natürlich seinerzeit von rechts und links angefeindet, jetzt aber ziemlich allgemein anerkannt und auch außerhalb des Zivilprozesses als Konstruktivmittel verwendet worden. Vgl. Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte S. 108.

Dieses ganze System haben wir beseitigt. Was gebracht werden kann, kann im ersten wie im letzten Teil des Termins und, wenn mehrere Termine aufeinanderfolgen, im ersten wie im letzten Termin gebracht werden. Das Verfahren bleibt „flüssig" bis zu Ende; dies gilt vom tatsächlichen wie vom Beweisvorbringen (§§ 278, 283 ZPO.).

Nur folgende Ausnahmen bestehen:

1. Die eigentlichen prozeßhindernden Einreden (also § 274 Z. 5 und 6) müssen vor der Verhandlung zur Hauptsache gebracht werden; es müßte denn der Fall der Einrede erst später eintreten (§ 111 ZPO.) oder die Einredetatsachen erst später bekannt werden (§§ 274, 528 ZPO.).

2. Im sogenannten Rechnungsprozeß wird auf die Eventualmaxime zurückgegriffen, d. h. wenn es sich um gegenseitige Rechnungsposten handelt. Hier werden die Parteien im Landgerichtsverfahren an einen beauftragten Richter geschickt, welcher ihr tatsächliches und Beweismaterial zu Protokoll aufnimmt; und zwar gilt dies in der Art, daß, was versäumt ist, nur ausnahmsweise nachgebracht werden kann, weshalb auch eine besondere Art der Versäumnisbehandlung stattfindet, und zwar von Amts wegen (§§ 349 ff. ZPO.). Erst nach Erledigung dieses Verfahrens kehrt man vor das fungierende Gericht zurück, bei dem auf Grund dieser Feststellungen verhandelt wird.

Abgesehen von diesen Fällen haben wir ein solches schablonenhaftes System der Rechtslagen nicht mehr. Allerdings ist bei unserem System eine Verschleppung möglich, und man hat die Aufhebung der Eventualmaxime nicht selten für die Prozeßverschleppungen, über die ja jedes Zeitalter geklagt hat, verantwortlich gemacht.

Indes gibt die Gesetzgebung folgende Mittel, um auf die Parteien oder Anwälte einen Zwang auszuüben:

1. Die arglistige Verschleppung kann den Rechtsanwalt disziplinar verantwortlich machen;

2. im Fall einer verschuldeten Verschleppung kann eine Verschleppungsgebühr berechnet werden (§ 48 des Gerichtskostengesetzes);

3. das Gericht kann der Partei, welche sonst die Prozeßkosten nicht oder zu einem kleineren Teile zu tragen hätte, im Fall der schuldhaften Verschleppung die Prozeßkosten ganz oder teilweise aufbürden (§ 278 ZPO.);

4. Das Gericht kann a) im Fall der arglistigen oder grob-schuldhaften Verschleppung von Verteidigungsmitteln durch den Beklagten das Verschleppte auf Antrag zurückweisen (§ 279 ZPO.); unter den gleichen Bedingungen können b) verspätete Zeugen oder solche verspätete Urkunden, die nicht sofort vorgelegt werden, auf Antrag zurückgewiesen werden, sei es, daß sie vom Kläger, sei es, daß sie vom Beklagten herrühren (§§ 374, 433 ZPO.). Allerdings ist hierdurch das Nachbringen in zweiter Instanz nicht ausgeschlossen; wohl aber ist, wenn die Zurückweisung in zweiter Instanz stattfindet, ein Nachbringen in dritter Instanz unmöglich, abgesehen davon, daß sich nicht jede Sache zur dritten Instanz eignet. Hier wird aber, was die Verteidigungsmittel (a) betrifft, durch die Möglichkeit eines Nachverfahrens geholfen (§ 540 ZPO.). Vgl. unten S. 353.

Es ist nun kein Zweifel, daß diese Hilfsmittel nicht wirksam genug sind. Sie sind es schon deshalb nicht, weil das Haupthilfsmittel unter 4. nur auf Antrag stattfindet, solche Anträge aber von Anwalt zu Anwalt einen gewissen gehässigen Charakter annehmen.

Im übrigen helfen die Geldbußen nur dann, wenn sie den Rechtsanwälten besonders aufgelegt werden, nicht den Parteien; nur daß sich die Rechtsanwälte an den Parteien erholen könnten, falls diese an der Verschleppung Schuld tragen. Sie helfen aber auch deshalb nicht viel, weil die Hauptverzögerungen dadurch herbeigeführt werden, daß die Rechtsanwälte gemeinschaftlich ausbleiben oder gemeinschaftlich die Verlegung oder Vertagung der Termine begehren. Hiergegen gibt es nur folgende Abhilfsmittel: 1. für jeden Vertagungsantrag, der nicht eine bestimmte Zeit vor dem Termin kundgegeben wird, und für jedes Ausbleiben beider Rechtsanwälte eine Anwaltsbuße festzusetzen, die nur dann fortzufallen hätte, wenn der Anwalt für die zögernde Tätigkeit die Zustimmung seiner Partei erbringt oder sie in vollgenügender Weise rechtfertigt; oder auch 2. zu verordnen, daß eine auf solche Weise verschleppte Sache erst nach drei Monaten wieder gebracht werden darf (wie in Österreich)[1].

[1] Vgl. darüber meine Abhandlung in der Rhein. Zeitschr. III S. 4 f.

Ist mithin die schablonenhafte Folge von Rechtslagen mit ausschließender Wirkung in unserem Prozeß als Regel nicht mehr in Übung, so gibt es nichtsdestoweniger eine Reihe bedeutsamer Rechtslagen. Solche Rechtslagen können entstehen a) von selbst; so gilt insbesondere 1. der Satz, daß, wenn bei der ersten materiellen Verhandlung die Zuständigkeit des Gerichts nicht bestritten worden ist, das Gericht zuständig wird (mit einigen Besonderheiten und Ausnahmen (§§ 39, 528 ZPO.). Ebenso kann 2. infolge des Nichtvorbringens von prozeßhindernden Einreden die Einrede versäumt und das Gegenrecht erloschen sein, wenigstens relativ, soweit nicht davon Ausnahmen gelten (oben S. 328). Ebenso ist 3. die Klageänderung gerechtfertigt, wenn der Beklagte nicht widerspricht (§ 269 ZPO.), und endlich 4. werden heilbare Mängel des Prozesses geheilt, wenn sie nicht in der nächsten mündlichen Verhandlung gerügt werden (§ 295 ZPO.). Dies ist von der größten Erheblichkeit: der Formalismus des Prozesses wird dadurch wesentlich abgestumpft.

Die Rechtslage kann aber auch eintreten b) infolge einer Gerichtstätigkeit: infolge eines richterlichen Beschlusses oder eines Urteils (Zwischenurteils). Der richterliche Beschluß kann eine einstweilige schwankende Rechtslage bewirken, d. h. eine solche, die eine künftige Abänderung nicht ausschließt: eine Reihe von Beschlüssen ist abänderlich, so z. B. der Beweisbeschluß, d. h. der Beschluß, welcher erklärt, welche Beweismittel erhoben werden sollen. Gewisse andere Beschlüsse dagegen sind für den Richter bindend, d. h. sie schaffen eine nicht schwankende, sondern feste Rechtslage für den Prozeß: es sind das alle Beschlüsse, gegen welche die sofortige Beschwerde zulässig ist, welche sofortige Beschwerde innerhalb zweier Wochen eingelegt werden muß. Nur wenige Ausnahmen gibt es davon; denn diese Unabänderlichkeit und die sofortige Beschwerde hängen innerlich miteinander zusammen: die Beschwerde ist gerade deshalb eine sofortige, d. h. eine an kurze Frist gebundene, weil ein Bedürfnis besteht, daß eine Rechtslage ein für allemal unwandelbar geschaffen wird; so z. B., wenn es sich um Ablehnung eines Richters handelt: hier ist es wesentlich, daß diese Frage alsbald endgültig erledigt wird (§§ 577, 46 ZPO.).

Namentlich aber können Prozeßlagen entstehen durch sogenannte Zwischenurteile. Zwischenurteil ist eine richterliche Entscheidung in Urteilsform, welche mit dem Endurteil die eine Wirkung gemeinsam hat, daß sie den Richter bindet, also eine feste Rechtslage erzeugt. Wann das Gericht einen Beschluß und wann es ein Zwischenurteil zu erlassen hat, ist nicht eine prinzipielle, sondern eine durch die besondere Prozeßordnung bestimmte Frage. Bei uns gibt es prozessuale Zwischenurteile, d. h. solche über Prozeßfragen, und materielle (§ 303 ZPO.). So kann z. B. ein prozessuales Urteil ergehen über die Frage der Prozeßfähigkeit oder der Zuständigkeit (§§ 274, 275); es kann ein solches ergehen über die Frage der Urkundenherausgabepflicht (§§ 425, 427 ZPO. [Anordnung!]); ferner über die Frage, ob ein Rechtsmittel richtig und rechtzeitig eingelegt und ob also die Rechtsmittellage eingetreten ist[1]. Materielles Zwischenurteil ist ein Zwischenurteil über einen wesentlichen Punkt der materiellen Entscheidung, jedoch so, daß dieser Punkt nur die Grundlage für Bildung des Endurteils bietet, nicht auch schon einen Teil der Endurteilsfrage löst. Der wichtigste Fall ist dann gegeben, wenn bei der Schadenersatzpflicht die Frage des „ob" und „wie hoch" auseinandergehalten wird. Über die erste Frage kann ein Zwischenurteil ergehen. Ist festgesetzt, daß eine Schadenersatzpflicht besteht, so ist damit noch kein Teil der Endurteilsentscheidung gegeben; denn die Höhe der Schadenersatzpflicht kann zwischen Null und einer Million und mehr liegen; wohl aber ist damit eine Grundlage gegeben, auf der weitergebaut werden kann; denn der künftige Prozeß hat sich dann nur noch über die Höhe der Schadenersatzpflicht zu verbreiten (§ 304 ZPO.)[2].

[1] Etwas Besonderes gilt vom Reichsgericht, welches durch Beschluß (ohne mündliche Verhandlung) aussprechen kann, daß die Revision nicht richtig eingelegt und daher zu verwerfen ist, § 554a ZPO.

[2] Eine gewisse Unnatur ist hierbei allerdings nicht zu verkennen: die Höhe der Schadenersatzpflicht hängt mit der Intensität und dem Umfang der Schadenersatzpflicht zusammen; mit der Schadenersatzpflicht wird daher eigentlich nur ein gewisses Abstraktum festgesetzt; alles Nähere unterliegt der Würdigung des Liquidationsprozesses. Daher hat man auch mit Recht angenommen, daß die Frage, ob wegen konkurrierenden Verschuldens (§ 254 BGB.) die Entschädigung zu ermäßigen ist, noch im Liquidationsstadium verhandelt und entschieden werden kann, RG. 14. 3. 1910 JW. 39 S. 482.

Auch in anderen Fällen können derartige materiell-rechtliche Zwischenurteile ergehen. So z. B. über die Frage, ob eine Einrede begründet ist, oder ob ein Erlöschungsgrund einer Forderung eingetreten ist, usw. Nie aber ist über eine bloße Tatsache ein Zwischenurteil statthaft, sondern nur über ein aus Tatsachen zusammengesetztes juristisches Ganze. Man darf z. B. die Frage, ob etwas getan ist, und ob es widerrechtlich getan ist (Schuld- und Tatfrage), nicht auseinanderzerren; denn erst durch die Verbindung beider entsteht eine juristische Gestaltung, und die Verbindung ist eine so innige, daß sie nicht ohne Schaden des Ganzen auseinandergerissen werden kann.

Übrigens ist die ganze Lehre der Zwischenurteile unnötig verwickelt, und wäre es viel richtiger, alle diese Fragen mit Beschlüssen abzutun, ganz ähnlich wie nach § 554 a ZPO.

Prozeßlagen endlich können entstehen c) durch eine Tätigkeit oder ein Unterlassen der Partei; so die Rechtslagen, welche durch Einlegung eines Rechtsmittels entstehen, wodurch die Streitsache auf eine ganz neue Stufe gerückt wird. Vor allem aber entstehen Rechtslagen durch die Kampfnatur des Prozesses, infolge deren die Nichttätigkeit einer Partei eine bestimmte Lage ihres Rechts herbeiführt, § 138: das Prinzip der Kongruenz oder des Zusammenstimmens.

VI. Prozeßpflichten.

§ 64. Mit dem Prozeßverhältnis entwickelt sich die Kostenerstattungspflicht, zunächst als eventuelle Pflicht der Partei für den Fall künftigen Unterliegens: bedingte Erstattungspflicht.

Diese Ersatzpflicht[1] beruht nicht auf zivilistischer Grundlage: der Besiegte hat nicht deswegen die Kosten zu zahlen, weil er sich schuldhaft in einen Prozeß gestürzt hat: dies war allerdings die Betrachtungsweise des früheren römischen Rechts, die aber seit Zeno und Justinian dem Grundsatz gewichen ist, daß der Besiegte dem Sieger die Kosten zu ersetzen hat[2]. Der Grundsatz ist vielmehr ein prozessualer: das Recht geht davon aus, daß der Sieger seine Kosten ersetzt bekommen muß, weil es ein Unrecht wäre, müßte er sein Recht erst durch Kosten und Opfer erkaufen. Der Besiegte aber muß die Kosten ersetzen, weil niemand anders da ist, von dem der Kläger sonst die Kosten ersetzt bekommen könnte. So ist der Besiegte das Opfer der zivilprozessualischen Notwendigkeit.

Indes haben die Rechte mehrfache Ausnahmen bestimmen müssen, so insbesondere in der Richtung, daß, wer unnötig klagt, kostenpflichtig wird, auch wenn die Klage begründet ist; denn auch wenn der Anspruch begründet ist, ist es ein Mißbrauch ohne weiteres zu klagen, namentlich dann, wenn der Kläger selber durch sein Verhalten dem Beklagten die Zahlungsmöglichkeit abgeschnitten hat; so insbesondere auch, wenn der Anspruch erst nachträglich auf den Kläger übergegangen und dieser Übergang dem Beklagten nicht bekanntgegeben worden ist (§§ 93, 94 ZPO.)[3].

Außerdem gilt der Satz, daß der Sieger zur Strafe von Verzögerungen in alle oder einen Teil der Kosten verurteilt werden kann (§ 278 ZPO.).

Auf solche Weise kann der Beklagte, der unter dem obigen Prozeßgrundsatz zu leiden hat, durch einen anderen Prozeßgrundsatz befreit oder erleichtert werden.

Unter Umständen werden einzelne Kosten ausgeschieden und einer besonderen Regelung unterworfen, so z. B. die Kosten einer einzelnen Versäumung oder die Kosten eines

[1] Vgl. „Prozeß als Rechtsverhältnis" S. 80; Chiovenda, Condanna nelle spese giudiziali (1901), und meine Besprechung in Z. f. ZP. XXX, S. 234 f.

[2] Dem letzteren folgen die italienischen Statuten, z. B. Como 1278 a. 294 (Monum. hist. patr. XVI p. 109), Salò 1350 c. 128 (in Bettoni, Riviera di Salò IV), Vicenza 1425 II, 33: debeat victum victori in expensis legitimis condemnare, non obstante eo quod juratum fuerit de calumnia, Friaul II 42. Ähnlich auch schon Carpi (1353) Ed. Mutin. 1884 p. 28: etiam salaria procuratoris veniant et taxentur. Über Gerichtskosten vgl. auch den Friedensvertrag v. 1201 zwischen Como und Bormio (Mon. h. p. XVI p. 386): der Verlierende zahlt $^1/_{20}$, der Gewinnende $^1/_{40}$ des Streitwertes.

[3] In Como verlangte man schon in den Statuten v. 1281 a. 297, daß bei zedierten Ansprüchen dem Schuldner vor der litis contestatio das exemplum instrumenti vorgelegt werde (Monum. hist. patr. XVI p. 121). Über das moderne italienische Recht, welches in solchen Fällen dem Kläger die Kosten aufbürdet, vgl. Kassat.-Hof Turin 5. Juli 1886 Monit. delle leggi 1886 p. 21.

nachträglich verworfenen Rechtsmittels. Diese Kosten verlangen eine besondere Behandlung: die Pflicht, sie zu ersetzen, ist nicht die allgemein bedingte Erstattungspflicht: vielmehr entsteht die Ersatzpflicht erst mit der Tätigkeit, welche diese Kosten herbeiführt.

Die zivilprozessuale Kostenersatzpflicht kann im Zivilprozeß nur durch eine Bestimmung des Urteils zur Geltung gebracht werden, das regelmäßig über Kostenpflicht im allgemeinen erkennt, vorbehaltlich ihrer Liquidation; diese aber erfolgt nicht im besonderen Prozeß, auch erfolgt sie nicht durch neues Urteil, sondern sie erfolgt durch den Kostenfestsetzungsbeschluß. Die Festsetzung kann aber auch schon auf das Urteil gesetzt werden, falls die nötigen Unterlagen vorliegen, § 105.

Zur Sicherung der Kostenerstattung gegenüber einem ausländischen Kläger besteht der Grundsatz, daß der Beklagte Sicherheit für die Kosten verlangen kann, ansonst der Prozeß nicht weitergeht, sondern durch absolutio ab instantia abgewiesen wird. Dies hat aber keine große Bedeutung mehr, da durch das Haager Übereinkommen die meisten Staaten für ihre Angehörigen die Kostensicherheit gegenseitig aufgehoben haben (§§ 110 f., Haager Abkommen vom 17. Juli 1905, a. 11 f.), in einigen Fällen auch die Berner Eisenbahnkonvention a. 56.

Verschieden von der Pflicht des Kostenersatzes ist die publizistische Pflicht der Gebührenzahlung an den Staat. Von dieser wird derjenige einstweilen befreit, der zum Armenrechte zugelassen wird. Das Armenrecht ist eine notwendige Gabe, kann aber zum Nachteil des Mittelstandes sehr mißbraucht werden und ist darum nur zu erteilen, wenn die Rechtsverfolgung nicht mutwillig oder aussichtslos erscheint (§ 114 ZPO.) [1].

VII. Prozeßverträge.

§ 65 Auch im Prozeßverhältnis haben Verträge eine bestimmte Bedeutung, zwar nicht in der Art, als ob der Vertrag die Regeln des Prozesses umstoßen könnte: das ginge schon deshalb nicht an, weil im Prozeß die Macht des Gerichts mitbeteiligt ist und den Gerichten nicht beliebige Verfahrensgrundsätze aufgedrungen werden können. Wohl aber ist es nach einigen Richtungen hin, wo die öffentliche Macht keinen Abbruch erleidet, gestattet, durch Vereinbarung eine Änderung im Prozeßverfahren herbeizuführen, insbesondere auch prozessuale Rechte und Rechtslagen zu schaffen [2]. So insbesondere kann der Gerichtsstand durch Zuständigkeitsvertrag (Prorogation) geändert werden, und zwar in der Art, daß neben dem gesetzlichen Gerichtsstand ein anderer Gerichtsstand wahlweise gesetzt wird; oder auch so, daß an Stelle des gesetzlichen ein anderer Gerichtsstand als ausschließlicher tritt; auch das ist möglich, daß von zwei wahlweisen gesetzlichen Gerichtsständen der eine durch den Vertrag ausgeschlossen ist, so daß der andere zum ausschließlichen wird. Solche Zuständigkeitsverträge sind nur gestattet in Vermögensstreitsachen, und auch hier sind die Fälle ausgenommen, in denen die Prozeßordnung einen Gerichtsstand als einen ausschließlichen erklärt. Im übrigen kann sich ein solcher Vertrag auch auf die sachliche Zuständigkeit beziehen: eine amtsgerichtliche Sache kann an das Landgericht gebracht werden und umgekehrt; dagegen nicht auf die Instanzordnung (§ 38 ZPO.): es ist den Parteien nicht gestattet, Instanzen umzukehren oder zu überspringen; wohl aber dürfen sie auf höhere Instanzen verzichten [3].

In bezug auf das Beweisverfahren gibt es keine wirksamen Verträge, denn das Beweisverfahren ist auf die Überzeugung des Richters angelegt und von der richterlichen Tätigkeit abhängig; auch ein Vertrag, daß gewisse Beweismittel ausgeschlossen sein sollen, kann nicht als zulässig betrachtet werden: man würde ein Mittel richterlicher Erkenntnis meistern oder aus-

[1] Über die zweischneidige Folge des Armenrechts vgl. meinen Aufsatz in Aus Kultur und Leben S. 188.

[2] Davon habe ich zuerst im Zusammenhange gehandelt in Gruchot XXXI, aufgenommen in „Gesammelte Beiträge" S. 127 f.

[3] Also ist ein vorgängiger Verzicht auf Berufung und Revision möglich: er muß vertragsmäßig erfolgen. In Familien-, vor allem in Ehesachen ist er aber als unzulässig zu betrachten wegen des sozialen Interesses, das hier im Spiele sei, RG. 26. 11. 1908 Entsch. 70 S. 60. Unzulässig ist auch ein vorgängiger Verzicht auf den Einspruch, wodurch jemand, der in die Lage kommt, einen Termin zu versäumen, wehrlos würde.

schließen, was nicht sein darf [1]. Möglich ist allerdings folgendes: die Parteien können in einem zivilrechtlichen Vertrag vereinbaren, daß unter bestimmten Umständen eine zivilrechtliche Änderung in den Rechtsverhältnissen eintreten soll, also z. B. daß jemand ein und für allemal verpflichtet sein soll, die in einer Urkunde bezeichneten Gegenstände herauszugeben, ohne Rücksicht auf die früheren Geschehnisse; ein derartiger Vertrag schließt allerdings eine Fülle von Beweismitteln aus, aber nicht deshalb, weil diese prozessualisch unzulässig würden, sondern deshalb, weil ein neues zivilistisches Ergebnis alles dasjenige, was die Zeugen etwa aussagen könnten, unerheblich macht: es kommt jetzt nicht mehr darauf an, was früher galt, sondern was jetzt geworden ist.

Ob derartige Verträge nicht unter Umständen zivilrechtlich anfechtbar sind, ob sie nicht Wucher oder Arglist enthalten, das ist eine andere Frage, die hier nicht in Betracht kommt.

Weitere Verträge sind die Vollstreckungsverträge; dahin gehört insbesondere der Vertrag, welcher einen zivilrechtlichen Vertrag zu einem vollstreckbaren macht. So können unter Umständen beide Teile vereinbaren, daß ohne weiteres die Vollstreckung stattfinden kann; es muß sich hierbei um ein Versprechen von Geld oder anderen vertretbaren Sachen handeln, und der Vertrag muß in der Gestalt einer notariellen oder gerichtlichen Beurkundung abgeschlossen sein (§ 794 Z. 5 ZPO.). Ein anderer Vertrag kann dahin gehen, daß umgekehrt der Kläger verspricht, nicht vollstrecken zu lassen; ein solches Versprechen hat nur mittelbare Wirkung: die Vollstreckung kann trotzdem wirksam erfolgen, aber es kann eine Vollstreckungsgegenklage die Vollstreckung zum Fall bringen.

Der wichtigste Prozeßvertrag ist der Schiedsvertrag. Er entzieht die Sache ganz dem richterlichen Austrag und bestimmt, daß die Entscheidung durch Privatleute, d. h. durch Nichtrichter, erfolgen soll. Ein derartiger Vertrag hat zunächst ein zivilistisches Moment, denn die Parteien erklären: was die Schiedsrichter sagen, soll maßgebend sein. Er ist aber zugleich prozessualischer Art, denn die Parteien bestimmen dabei, daß die Gerichte nicht angerufen werden dürfen: die Entscheidung soll lediglich im schiedsgerichtlichen Verfahren erfolgen. Dieses prozessuale Element ist das durchschlagende; es bewirkt, daß, wenn trotzdem ein Zivilprozeß begonnen würde, die Prozeßeinwendung des Schiedsvertrags entgegengehalten werden könnte.

Große Schwierigkeit hat die Unterscheidung zwischen Schiedsrichtern und Arbitratoren (Schiedsmännern) gemacht [2]. Die Parteien können jederzeit bei ihren zivilrechtlichen Vereinbarungen irgendeinen Punkt der Festsetzung durch private Personen überlassen oder, wie man zu sagen pflegt, diesen Punkt „in ihr Ermessen stellen". In solchem Fall liegt eine zivilrechtliche Vereinbarung vor (§§ 317 f. BGB.), ohne jedes prozessuale Element; es handelt sich darum, daß irgendein einzelner Punkt eines Rechtsverhältnisses durch den Schiedsmann bestimmt werden soll, z. B. der angemessene Preis, die Größe des Schadens. Ob und welche Verpflichtung daraus hervorgeht, haben die Schiedsmänner nicht zu bestimmen, sie sind daher nicht Schiedsrichter und unterliegen nicht den Grundsätzen dieser. Die Schiedsmannsverträge sind rein zivilrechtlicher Natur.

Die Prozeßverträge dagegen sind keine Verträge des Zivilrechts, sondern Verträge des öffentlichen Rechts. Die näheren Grundsätze über ihre Behandlung aber ergeben sich entweder aus der Prozeßordnung oder, sofern diese keine Bestimmungen enthält, aus der Rechtsähnlichkeit des Zivilrechts, und zwar deshalb, weil eine Reihe gemeinsamer Bestimmungen des Vertragsrechts sich zuerst im Gebiete des Zivilrechts entwickelt hat und daher das öffentliche Recht beim Zivilrecht zu Gast gehen muß.

---

[1] Anders dachten frühere Zeiten. Vgl. Jason de Mayno zu fr. 31 de jurejur. nr. 103: partes possunt convenire et facere, quod probationes invalidae et attestationes non rite receptae valeant et plene probent. Ebenso glaubte man vereinbaren zu können, daß ein einzelner Zeuge oder gar das Wort der Partei vollen Beweis bieten solle, so Chilian König (1550), Practica und Prozeß LXXX, p. LXI b: Item so sich einer verpflichtet, das er eines andern schlechten worten gleuben wil .... welchs pact die Recht zulassen. Auch schon Panormitanus ad c. 5 X de dolo et contum. (2, 14) in fine. Zahlreiche Beispiele in meinen Pfandrechtl. Forsch. S. 246 f.

[2] Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß S. 259 f. Vgl. auch RG. 27. Okt. 1899 Entsch. 45 S. 351, OLG. Hamm, 22. 10. 1910 Mugdan XXV S. 236; auch unten S. 365.

Prozessuale Verträge können auch stillschweigend erfolgen; es kann aber auch, wie im Zivilrecht, Fälle geben, wo ein gewisses, wenn auch unbewußtes tatsächliches Sichunterordnen unter ein Verhältnis die gleiche Wirkung wie ein Vertrag hat, indem schon hierdurch eine Prozeßlage eintritt.

Dies gilt namentlich vom Zuständigkeitsvertrag: der Zuständigkeitsvereinbarung (Prorogation) ist nämlich das Verhältnis gleichgestellt, welches eintritt, wenn auf die Klage hin der Beklagte sich einläßt, ohne die Unzuständigkeit zu rügen. Dies kann als stillschweigende Prorogation angesehen werden, wenn der Beklagte sich unter dem Bewußtsein der Unzuständigkeit unterwirft, nicht aber, wenn er sich unterwirft, weil er das Gericht für zuständig hielt. Indes hat sich schon seit dem Mittelalter der Satz entwickelt, daß die bloße Einlassung ohne Rücksicht auf den Glauben der Partei wirke, weil derartige subtile Unterscheidungen bei bloßen Nebenfragen nicht angehen: prozessualische Nebenfragen müssen kurz und glatt gelöst werden.

Dieser Grundsatz ist auch in die ZPO. § 39 übergegangen. Die Prorogationswirkung tritt ein, wenn der Beklagte sich einläßt, gleichgültig, ob mit oder ohne Wissen von der Unzuständigkeit; dagegen natürlich dann nicht, wenn der Beklagte sich nicht einläßt, sondern einfach ausbleibt: das Ausbleiben ist keine Analogie zur Prorogation [1]. Dies würde zu dem ganz unhaltbaren Zustand führen, daß, wenn der Kläger bei irgendeinem unzuständigen Gerichte klagte, der Beklagte eintreten und die Unzuständigkeit rügen müßte, weil im Fall des Ausbleibens die Prorogationswirkung eintreten würde; derartige unpraktische Bestimmungen sollte nicht nur keine Gesetzgebung annehmen, sondern auch keine Doktrin mit scholastischen Gründen verteidigen: denn der Prozeß ist stets so zu gestalten, daß er möglichst praktische Resultate erzielt. Heutzutage ist die Frage in Deutschland keine Frage mehr, sie wurde aber früher von unseren Gegnern lebhaft erörtert. Auch das österreichische Gesetz hat die Frage nunmehr ausdrücklich in diesem klaren Sinn entschieden, denn es nimmt in § 104 Zuständigkeitswirkungen nur dann an, wenn der Beklagte in der Hauptsache mündlich verhandelt; und ebenso die ungarische ZPO. § 50: wenn der Beklagte anwesend ist oder sich bereits in den Prozeß eingelassen hat.

Ein ähnlicher Fall, wo die Unterwerfung ohne weiteres gilt, ist bei der Klageänderung gegeben (§ 269) und bei der Heilung heilbarer Prozeßmängel (§ 295 ZPO.).

VIII. Wandlungen des Rechtsverhältnisses.

1. Allgemeines.

§ 66. Das Prozeßrechtsverhältnis kann sich wandeln und doch die gleiche Individualität behalten. Die Wandlung kann eine objektive wie eine subjektive sein. Im ersten Fall spricht man von Klageänderung, im zweiten von Rechtsnachfolge in die Prozeßrolle.

Klageänderung ist nicht jede Änderung des Klagebegehrens; das Rechtsgeschäft der Klage hat stets eine bestimmte Elastizität, so daß die Klage erweitert und auch umgestaltet werden kann [2]. Eine Klageänderung liegt nur dann vor, wenn die Klage auf einen anderen Anspruch überspringt. Der Grund ist der, weil es sonst möglich wäre, einem neuen Anspruch die Folgen der Rechtshängigkeit zufließen zu lassen, die ihm gar nicht zukommen. Wenn allerdings der Beklagte damit einverstanden ist, so ist hiergegen nichts zu sagen, denn es spricht kein begründetes Interesse dagegen, die Rechtshängigkeit zu übertragen, und hierbei dient, wie eben bemerkt das bloße Stillschweigen als Zustimmung (§§ 264, 269 ZPO.). Die neue ZPO. aber hat auch in solchen Fällen, wo der Beklagte widerspricht, die Möglichkeit der Klageänderung gewährt, wenigstens in erster Instanz, sofern nur der Richter annimmt, daß die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert werde (§ 264 ZPO.) [3]. Dies kann indes nicht so verstanden werden, als ob die Rechtshängigkeit dem neuen Anspruch mit rückwirkender Kraft zukäme,

[1] Die bayerische Zivilprozeßordnung bestimmte daher auch in § 39 zutreffend: „In Versäumungsfällen gilt die Vereinbarung als abgelehnt".

[2] Treten die Klagetatsachen erst später ein, so ist der Klageanspruch als ein später entstandener zu berücksichtigen; vgl. OLG. Kassel 22. 2. 1908 ZP. XXXIX S. 514.

[3] Man dachte hier namentlich an Fälle, wenn zum Beispiel A. wegen der einen Patentverletzung verklagt wird, und im Prozeß andere Patentverletzungen nachgetragen werden. Vgl. OLG. Braunschweig 21. 4. 1911 Mugdan 23 S. 152.

sondern nur so, daß die Änderung erst von der Erhebung des neuen Anspruchs datiert. Wenn also auf Grund einer am 1. April über den Anspruch A erhobenen Klage am 1. Mai der Anspruch B eingeschoben wird, welcher am 15. April verjährt war, so kann der Anspruch B nicht an dem Vorteil der am 1. April eingereichten Klage teilnehmen; er wurde erst am 1. Mai geltend gemacht, also nachdem die Verjährung bereits eingetreten war.

2. Rechtsnachfolge.

§ 67. Die Rechtsnachfolge[1] im Prozeß konnte in der Rechtslehre so lange nicht verstanden werden, als man den Prozeß nicht als Rechtsverhältnis begriff. Insbesondere konnte man zweierlei nicht auseinanderhalten: die Rechtsnachfolge in den materiellen Anspruch und die Rechtsnachfolge in das prozessuale Verhältnis. Möglicherweise kann der Anspruch aktiv und passiv auf einen anderen übergehen[2], die Prozeßrolle aber in den gleichen Händen bleiben, so daß dieselben Personen wie früher die Träger des prozessualen Verhältnisses sind, während andere Personen materiell-rechtlich berechtigt und verpflichtet werden. Dies führt dann allerdings zu der Erscheinung, daß der A. (der ursprüngliche Kläger) Kläger bleibt, während der Anspruch, den er als den seinigen geltend gemacht hat, auf den X. übergegangen ist. Und ebenso kann es sich auf beklagter Seite verhalten. Dies ist eben ein Fall der Prozeßstandschaft und einer ihrer Hauptfälle. Vgl. oben S. 292.

Hier gilt nun folgender Grundsatz: Der Prozeß bleibt regelmäßig in den gleichen Händen, wenn auch das Recht übergeht; so, wenn der Anspruch des Klägers während des Prozesses veräußert, so, wenn der Streitgegenstand, um den der Anspruch spielt, während des Prozesses übertragen wird. Eine solche Behandlung der Sache ist notwendig: es wäre undurchführbar, wollte man den Grundsatz aufstellen, daß mit Übergang des Anspruchs auch von selber die Prozeßrolle überginge. Man denke sich nur den Fall, daß die Sache, um die es sich handelt, vom Eigentümer A. an den X., dann an Y., Z. veräußert wird, ohne daß der Beklagte etwas davon weiß. Würde hier der A. den Prozeß weiterführen, während die Prozeßrolle auf den X. Y. Z. übergegangen wäre, so wäre sein Prozeß von nun an unwirksam, und der Beklagte hätte nach Schluß des Verfahrens die unliebsame Überraschung, daß der ganze Prozeß die Sache nicht mehr berührte und neu begonnen werden müßte. Das wären unhaltbare Zustände. Darum hat der antike Prozeß zu dem heroischen Mittel gegriffen, zu bestimmen, daß während des Prozesses die Veräußerung des Anspruchs und die Veräußerung der Streitsache zivilrechtlich unwirksam sei: so daß ein solcher Zwiespalt überhaupt nicht entstehen konnte[3]. Dieses Mittel aber hatte seine schweren Schattenseiten; denn hiernach konnte jeder dadurch, daß er einem anderen den Prozeß macht, es bewirken, daß die Sache einstweilen unveräußerlich wurde. Unser Recht hilft in anderer Weise: die zivilistische Veräußerung ist gültig, aber sie bewirkt nicht eine Änderung im Prozeßverhältnis: die Prozeßrolle verbleibt der ursprünglichen Partei A.; diese führt den Prozeß, allerdings jetzt in Prozeßstandschaft für den neuen Erwerber, und das Urteil zwischen den ursprünglichen Prozeßparteien bindet diesen; wo tunlich, soll es auf dessen Namen gestellt werden, dies ist aber nicht unerläßlich (§§ 265, 325 ZPO.)[4].

Eine andere Behandlung findet nur statt:

1. wenn der Rechtsnachfolger eintreten will und der Gegner seine Zustimmung erklärt;

2. wenn nicht der Anspruch oder die Streitsache veräußert wird, sondern eine Sache, deren Eigentum (oder Besitz) nach der aktiven oder passiven Seite die Voraussetzung des eingeklagten

[1] Gesammelte Beiträge S. 293 f.

[2] Ein passiver Übergang des Anspruchs findet nicht nur bei dinglichen Ansprüchen statt, sondern auch bei obligationes in rem scriptae, insbesondere auch im Fall von §§ 816, 822 BGB., § 40 Z. 3 KO., § 11 Z. 3 Anfecht.-Ges.

[3] Italienische Statuten wiederholen das Verbot und drohen Strafe an, z. B. Civita-vecchia (1451) II 24; oder sie verbieten wenigstens in einem bestimmten Stadium des Prozesses die Veräußerung, entweder überhaupt oder an einen Auswärtigen, z. B. Novara (1277) c. 63.

[4] Eine solche Umstellung will Wach überhaupt vermeiden; aber es ist kein Grund vorhanden, sie zu unterlassen, da ja auch Wach annimmt, daß zivilrechtlich die Verhältnisse des zivilistischen Rechtsnachfolgers maßgebend sind. Für Wach vgl. Meister, Veräußerungen im Streit befangener Sachen, S. 115 f.

Anspruchs ist: so wenn während eines Grunddienstbarkeitsprozesses das herrschende oder dienende Grundstück veräußert wird; auch hier tritt jedoch die prozessuale Rechtsnachfolge nicht von selbst ein, wohl aber kraft einseitiger Erklärung, wenn nämlich entweder der Rechtsnachfolger erklärt, eintreten zu wollen, oder der Gegner erklärt, daß er gegen den Rechtsnachfolger streiten wolle (§ 266 ZPO.);

3. wenn der Rechtsnachfolger kraft des guten Glaubens ein vom Rechte des Vorgängers unabhängiges Recht erwirbt; hier hat er kraft des guten Glaubens eine vom Prozeß des Vorgängers unberührte Rechtsstellung (§§ 265, 325 ZPO.) [1].

4. Eine Rechtsnachfolge in den Prozeß findet aber vor allem statt im Fall einer Gesamtnachfolge in das Vermögen, namentlich durch Beerbung (§ 239 ZPO.), teilweise auch im Konkurs (§ 10 KO.) — dies ist namentlich bei dem Anfechtungsanspruch bedeutsam, § 13 des Anfechtungsgesetzes, — während im Fall der Gesamtnachfolge durch Eintritt der ehelichen Gütergemeinschaft die Frau solange Prozeßpartei bleibt, als nicht der Ehemann mit ihrer Einwilligung den Prozeß übernimmt (§ 1454; vgl. mit § 1407 Z. 1 BGB.).

5. Eine Art der Rechtsnachfolge kann auch eintreten im Fall der sogenannten laudatio auctoris (S. 295), wenn ein Nichteigenbesitzer, z. B. ein Mieter oder Verwahrer, mit der rei vindicatio belangt wird und nun dem Eigenbesitzer den Streit verkündet; der letztere kann mit Zustimmung des Beklagten den Prozeß übernehmen (§ 76 ZPO.). Diese Erscheinung beruht auf folgendem: Ursprünglich galt der Nichteigenbesitzer nicht als der richtige Beklagte; der Prozeß mußte auf den Eigenbesitzer als den richtigen Beklagten übergehen. Wir haben die Grundanschauung gewechselt, den Übergang der Parteirolle aber aus praktischen Gründen beibehalten. Ähnlich war es der Fall, wenn der Käufer mit dem Eigentumsanspruch eines Dritten angegriffen wurde und seinen Gewährsmann bezeichnete. Heutzutage führt der Käufer den Prozeß weiter, der Verkäufer aber kann kraft Streitverkündung intervenieren, während nach altem (namentlich auch altdeutschem) Recht der Gewährsmann die Prozeßrolle übernehmen mußte.

Schwierigkeiten können sich aus dem Eintritt eines Pseudosukzessors entwickeln. Ihre Erörterung führt in heikle technische Einzelheiten hinein [2].

Von der Sukzession verschieden ist der Fall, daß der Kläger die Klage, die er gegen den A. erhoben hat, gegen den B. fortsetzen will, oder daß, wenn der Kläger A. die Klage erhob, an dessen Stelle B. die Klage fortsetzen möchte, nicht etwa als Rechtsnachfolger, sondern deswegen, weil bisher die unrichtige Partei im Prozeß tätig war. Hier handelt es sich nicht um Fortsetzung desselben Prozesses, auch nicht um Klageänderung innerhalb des Prozesses, denn die Klageänderung setzt Identität der Parteien voraus, sondern um Rücknahme der einen Klage und Erhebung einer anderen. Der Fall kann sich insbesondere auch so ereignen, daß der A. den Prozeß gegen B. erhoben hat und später damit eine Klage gegen C. und D. verbinden möchte, oder daß umgekehrt, nachdem A. die Klage erhoben hat, und X. und Y. mit ihm zusammen die Klage fortsetzen wollen. Hier liegt die Sache so, daß die Klage unter den ursprünglichen Parteien fortdauert, daß aber daneben neue Prozesse eintreten, welche kraft Streitgenossenschaft äußerlich mit den bisherigen Prozessen verbunden werden [3].

Bemerkenswert ist nur, daß in solchem Falle die neue Klage vielfach nicht durch Zustellung eines Schriftsatzes, sondern durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung erfolgen kann, was, wenn beide Teile anwesend sind, ohne weiteres als zulässig erscheint; und wollte man es als unzulässig erklären, so würde jedenfalls der Mangel nach § 295 ZPO. gedeckt werden.

IX. Unterbrechung.

§ 68. Unterbrechung des Prozesses (§§ 239—252 ZPO.) besteht darin, daß das Prozeßverhältnis in ein Stadium des Scheintodes eintritt, das für die Rechtsbehandlung einem Nichtvorhandensein gleichkommt. Die Folge ist, daß, was in dieser Zeit Prozessuales geschieht,

[1] Der gute Glaube kann ausgeschlossen sein durch Kenntnis von der Rechtshängigkeit, aber auch durch jede andere Kenntnis, welche zivilrechtlich dem guten Glauben entgegen ist, RG. 30. 3. 1912 Entsch. 79 S. 165.

[2] Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß S. 321 f.; RG. 9. Nov. 1899 Bd. 45 S. 359 f.

[3] Über diese Dinge handelt lehrreich Kisch in seinem Werke „Parteiänderung im Zivilprozeß" (1912).

für das Rechtsverhältnis bedeutungslos ist: es steht außerhalb des Rechtsverhältnisses, in dem es allein Kraft und juristisches Leben erlangen könnte. Daher kann keine Frist während dieser Zeit laufen; ja, auch eine bloße Fortsetzung der Frist nach Wiederanknüpfung des Verhältnisses ist nicht möglich, da eine durch die Unterbrechung angeschnittene Frist nicht etwa ein festes Recht oder eine unantastbare Rechtslage bildet; daher muß nach Wiederanknüpfung des Verhältnisses die ganze Frist von neuem beginnen. Rechtshandlungen der Parteien und des Gerichts aber, die in dieser toten Zeit erfolgen, z. B. auch ein Versäumnisurteil, sind, weil ohne Prozeßverhältnis erfolgt, notgedrungen nichtig, ebenso wie wenn sie bei einer Behörde ohne Gerichtsbarkeit vor sich gegangen wären.

Eine solche Unterbrechung tritt von selbst ein, sobald infolge eingetretener Defekte das Prozeßverhältnis auf ein totes Geleise kommt. Das ist hauptsächlich der Fall, wenn eine Partei (die keinen Vertreter hat) stirbt oder prozeßunfähig wird [1]. Wollte man hier den Prozeß mit seinen Wechselschicksalen fortdauern lassen, so wäre dies ein Kampf gegen einen toten oder geistig zerrütteten Menschen, der sich nicht verteidigen kann, etwas, was all unseren Begriffen vom Recht widerspräche. Daher wird hier der Prozeß von selber abgeschnitten, und Gericht und Gegner sind in der Unmöglichkeit, irgend etwas Ungünstiges gegen den zu unternehmen, der nicht oder nicht mit vollen Kräften zu kämpfen vermag.

Andere Fälle sind: Tod und Unfähigkeit des Anwalts im Anwaltsprozeß, ferner der Konkurs, sofern der Prozeß sich auf das Konkursvermögen bezieht; denn der Konkurs bewirkt so tiefgreifende Änderungen, daß man einige Zeit gestatten muß, damit die Parteien und die Organe des Konkurses sich den Verhältnissen anbequemen können [2]. Ein anderer Fall ist der eines Gerichtsstillstandes, wenn z. B. bei einer feindlichen Besitznahme des Staatsgebietes die Gerichtstätigkeit überhaupt aufhört (§§ 239 ff. ZPO.).

Alles dies hat natürlich einen nur einstweiligen Charakter: der Prozeß soll nicht überhaupt aufhören: es soll vielmehr die Möglichkeit bestehen, daß er wieder in Gang kommt und seine weitere Entwicklung nimmt. Dies hat in den meisten Fällen keine besondere Schwierigkeit [3]. Zum Beispiel im Falle der Prozeßunfähigkeit ergibt sich die Wiederanknüpfung von selbst, sobald die Prozeßfähigkeit wieder eingetreten oder der Prozeßunfähige einen Vormund erhalten hat, durch den die Tätigkeit des Prozesses vorgenommen werden kann; nur muß in einem solchen Fall von der einen oder der anderen Seite eine Anzeige erfolgen, daß der Prozeß nunmehr wieder vor sich gehen soll.

Schwierigkeiten bietet der Fall des Todes, weil hier zugleich ein Wechsel in der Person eintritt: die Erben treten zwar von selbst in die Prozeßlage ein, und man sollte daher erwarten, daß auch lediglich eine Anzeige von der einen oder anderen Seite nötig wäre, um den Prozeß wieder in Gang zu setzen. Das ist der Fall, wenn die Erben sich hierzu verstehen (den Prozeß aufnehmen); tun sie es nicht, bestreiten sie insbesondere, Erben geworden zu sein, so muß über diesen besonderen Punkt verhandelt werden, und daher ist in diesem Falle eine mündliche Verhandlung über diese Frage und zugleich in der Hauptsache anzusetzen. Im Falle eines Nachlaßverwalters oder eines Testamentsvollstreckers tritt kaum ein Wechsel in der Person ein, denn sie sind Vertreter des Nachlasses, und der Nachlaß als juristische Person setzt die Persönlichkeit des Erblassers fort, weshalb hier die Behandlung dieselbe ist wie bei der Prozeßunfähigkeit (§§ 239, 241) [4]. Anzeige und Aufnahme geschehen durch Zustellung eines Schriftsatzes.

---

[1] Dies gilt auch in der Revisionsinstanz, wenn es an einem Anwalt dieser Instanz fehlt; daß ein Anwalt zweiter Instanz vorhanden ist, kommt natürlich nicht in Betracht. Für diese selbstverständliche Lappalie war eine Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate des RG. nötig, 13. 5. 1909 Entsch. 71 S. 155. Recht eigenartige Verhältnisse entwickeln sich auch, wenn der Rechtsanwalt nach der Revisionseinlegung und vor der Revisionsbegründung stirbt, RG. 16. 5. 1908 JW. XXXVII S. 453. Derartige Dinge sollten instruktionell erledigt werden; geistreiche Erwägungen sind für wichtigere Dinge zu sparen.

[2] Vgl. namentlich auch die Unterbrechung der Anfechtungsklage nach § 13 Anfechtungsgesetz.

[3] Früher nannte man ein solches Wiederingangsetzen reassumtio; hierbei wurden die früheren Prozeßakte wiederholt. Vgl. Sperl, Sukzession in dem Prozeß S. 58 f. Eine geschichtliche Darstellung von Bartolus an werde ich anderweitig geben.

[4] Landesgesetzlich tritt eine Unterbrechung ein durch Erhebung des Kompetenzkonflikts für die Dauer des Kompetenzkonfliktverfahrens (§§ 15 Z. 1 EG. zur ZPO., wo diese Unterbrechung sehr unzutreffend Einstellung genannt wird), Preuß. Ges. 1. August 1879, § 7.

Der Unterbrechung steht die Aussetzung des Verfahrens in der Wirkung gleich, verschieden ist sie aber in der Veranlassung. Während nämlich die Unterbrechung mit dem Ereignis von selber eintritt, erfolgt die Aussetzung nur durch Beschluß des Gerichts: hier ist eine solche Hilfslage der Partei nicht von selbst gegeben, sondern man überläßt es ihr oder dem Gericht, zeitweise eine Sperrung des Prozesses herbeizuführen. Die Fälle sind vornehmlich: Tod und Prozeßunfähigkeit in dem Fall, wenn die Partei einen Prozeßvertreter hat: da die Prozeßvertretung in diesem Fall fortdauert, so ist der Partei oder ihren Erben hiermit ein natürlicher Helfer gegeben; es wird sich nur darum handeln, ob dieser allein in der Lage zu sein glaubt, die Last zu tragen, oder ob er eine Aussetzung will, um mit dem Nachfolger weiter zu beraten. Die Aussetzung findet daher nur statt durch gerichtlichen Beschluß auf Antrag dieses Vertreters, welchen Antrag er natürlich stellen kann, auch wenn er einstweilen eine Fortführung des Prozesses versucht hat[1]. Nur kann im Fall des Todes auch der Gegner die Aussetzung begehren, da er vielleicht ein Interesse hat, den Prozeß mit den Erben selbst weiterzuführen; dagegen weder der Intervenient des einen noch der des anderen, da es sich hier um eine prinzipielle Parteifrage handelt, in welche der Intervenient nicht hineinreden darf[2]. Nach erfolgter Aufnahme ist mit Vollmacht der Erben der Prozeß weiterzuführen; die alte Vollmacht ist jetzt erloschen[3]. Ein anderer Fall liegt vor, wenn eine Partei durch überwältigende Umstände am Erscheinen verhindert ist, durch Militärdienst oder Ortssperre und ähnliches; hier kann die Aussetzung auch von Amts wegen erfolgen (§§ 246, 247 ZPO.). Weitere Fälle der Aussetzung treten bei der vorgreifenden (präjudiziellen) Beziehung mehrerer Prozesse ein (§§ 148, 149, 151—155 ZPO.); hierzu kommt die Versöhnungsaussetzung im Eheprozeß, welche ihren besonderen Charakter trägt (§§ 620, 621 ZPO.)[4]. Vgl. S. 364.

Von Unterbrechung und Aussetzung ist verschieden das Ruhen des Prozesses, welches stattfindet, weil beide Teile den Termin umgehen, oder weil bei Ausbleiben der einen Partei die andere keinen Säumnisantrag stellt (§ 251 ZPO.). Das Ruhen hat keine Bedeutung für das Prozeßverhältnis, das in voller Kraft fortbesteht, abgesehen von der Besonderheit des § 211 BGB.: eine durch den Prozeß unterbrochene Verjährung beginnt während des Ruhens wieder zu laufen, vorbehaltlich der weiteren Unterbrechung im Fall der Wiederfortsetzung des Prozesses.

Das Ruhen hört auf, wenn ein Teil den anderen zur Fortsetzung des Verfahrens lädt.

X. Lösung.

§ 69. Das Prozeßverhältnis strebt wie jedes andere seinem natürlichen Ziele, der rechtskräftigen Entscheidung, zu. Unter Umständen kann durch Eingreifen eines Rechtsgeschäftes eine außergewöhnliche Lösung stattfinden, unmittelbar oder mittelbar; mittelbar, indem zwar immer noch ein Urteil erfolgen muß, oder unmittelbar, indem eine andere Lösung an Stelle des Urteils tritt.

Eine unmittelbare Lösung erfolgt durch Prozeßvergleich; dieser unterscheidet sich von dem Vergleich im bürgerlichen Rechte dadurch, daß er durchaus nicht ein gegenseitiges Nachgeben voraussetzt. Prozeßvergleich ist vielmehr eine jede vertragsmäßige Erledigung des Prozesses, indem die Parteien an Stelle des streitigen Zustandes einen unstreitigen, durch Vertrag bestimmten setzen[5]. Dieses Rechtsgeschäft muß vor dem Richter und unter Aufsicht des Richters erfolgen[6]; es soll in das Protokoll aufgenommen werden (§§ 160, 794 ZPO.). Ist es erfolgt, so ist der Prozeß erledigt, vorausgesetzt, daß der Vergleich gültig ist. Ist er nichtig, so besteht der Prozeß weiter; ist er anfechtbar, so können ebenfalls die Betätigungen

[1] RG. 9. Mai 1900, Bd. 46 S. 379. Ist während des Laufs der Rechtsmittelfrist der Aussetzungsantrag bei dem judex a quo oder dem judex ad quem zu stellen? Natürlich bei dem judex a quo, Gesammelte Beiträge S. 356. Über diese Lappalie mußten die Vereinigten Zivilsenate des RG. entscheiden, 9. 4. 1908 Entsch. 68 S. 247.

[2] RG. 17. 11. 1910 JW. 40 S. 99.

[3] RG. 7. November 1901 Entsch. 50 S. 339.

[4] RG. 2. 11. 1911 JW. 41 S. 40.

[5] Vgl. Zeitschrift f. Zivilprozeß XXIX, S. 42 f.

[6] Es unterliegt dem Anwaltszwang, Kammergericht 28. März 1900 Mugdan I S. 1.

des Prozesses weitergehen, indem die Anfechtung des Vergleichs durch Fortsetzung des Prozesses erfolgt. Wird der Vergleich durch Gegenvertrag aufgehoben, so geht der Prozeß ebenfalls weiter. Darüber ist später weiter zu handeln (S. 392).

Eine mittelbare Erledigung bewirken die einseitigen Rechtsgeschäfte: Verzicht und Anerkenntnis; beide geschehen durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung und sollen in das Sitzungsprotokoll aufgenommen werden (§§ 160, 306, 307 ZPO.). Die Folge ist zunächst eine zivilistische, also die Folge des zivilistischen Verzichts und der zivilistischen Anerkenntnis, und das Besondere ist nur, daß beides durch einseitige Erklärung geschieht, während das Zivilrecht für die Anerkenntnis des Anspruchs stets, für den Verzicht in gewissen Fällen zweiseitige Erklärung, Vertrag verlangt. Diese zivilistische Folge bewirkt aber eine neue Grundlage für die Entscheidung [1]. Man spricht darum von einem deklaratorischen Urteil.

XI. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

§ 70. Da der Prozeß ein Rechtsverhältnis ist und seine Voraussetzungen hat, so ist auch eine Nichtigkeit möglich in dem Fall, wenn seine Hauptvoraussetzungen nicht gegeben sind, also insbesondere, wenn es an der Gerichtsbarkeit oder wenn es an der Person der Parteien fehlt. Hat eine Behörde nicht Gerichtsbarkeit, so hat das, was sie tut, überhaupt nicht den Charakter eines richterlichen Tuns, es ist nichtig; nichtig ist auch, was während der Unterbrechung geschieht, denn hier sind wir im Stadium des Nichtprozesses und des Nichtgerichts [2].

Hat dagegen das Gericht Gerichtsbarkeit, so ist die Gerichtshandlung nicht nichtig, auch wenn an der Besetzung des Gerichts etwas fehlt. Eine falsche Besetzung liegt nicht dann vor, wenn eine andere als die bestimmungsgemäße Kammer als fungierendes Gericht tätig ist, sondern nur dann, wenn das fungierende Gericht nicht mit so vielen Personen handelt, als nach der Gerichtsverfassung handeln sollten, oder wenn:

1. eines oder mehrere der handelnden Mitglieder nicht Richtereigenschaft (auch nicht Hilfsrichtereigenschaft) hat [3];
2. wenn ein Richter als Prozeßrichter fungierte, dem nur das Respiziat des Grundbuchs- oder des Handelsregisters überlassen ist;
3. wenn von den Richtern der eine oder andere von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen ist [4];
4. wenn der eine oder der andere, wenn auch nur wegen Befangenheit, abgelehnt und diese Ablehnung für begründet erklärt wird.

In diesen Fällen ist der Prozeß nicht nichtig, wie im vorigen Fall; aber er ist anfechtbar, allerdings nicht unbedingt, § 579 ZPO.

Ist die im Prozeß auftretende Person gar nicht vorhanden, wird also im Namen einer nichtvorhandenen Person prozessiert, dann ist die Entscheidung aus zwei Gründen nichtig: einmal, weil es am Prozeß als Rechtsverhältnis fehlt, und sodann, weil die Entscheidung selber auf etwas Unmögliches geht; denn was nicht existiert, kann weder Rechte noch Pflichten haben [5]. Ein anderes liegt vor, wenn die Person wirklich vorhanden ist, aber die prozessualen Handlungen nicht durch sie und an ihr, sondern durch eine andere, etwa gleichnamige Person vollzogen wird;

---

[1] Damit ist die Frage nicht erledigt, ob eine solche zivilistische Erklärung, wenn sie in prozessualer Weise geschieht, nicht unter den Regeln prozessualischer Erklärung steht, so daß sie z. B. ihre Wirkung verliert, wenn der Prozeß zurückgenommen wird; dies ist zu bejahen, ganz ebenso wie bei der prozessualischen Aufrechnung; vgl. Degenkolb, Anerkenntnißurtheil S. 45 f.

[2] Unrichtig Kammergericht 9. 3. 1911 Mugdan XXIII S. 143.

[3] Hierbei wird vorausgesetzt, daß ein solches Kollegium von der Gerichtsbehörde als Gerichtseinheit anerkannt wird. Wollten etwa an einem Landgericht drei Anwälte eine eigene Zivilkammer bilden, so läge nicht ein unrichtig besetztes Gericht, sondern ein Nichtgericht vor. Das gleiche würde gelten, wenn etwa ein beauftragter Richter oder gar der Gerichtsschreiber als Gerichtskammer das Urteil geben würde. Vgl. S. 341.

[4] Dagegen hat die Ausschließung des Gerichtsschreibers diese Bedeutung nicht, OLG. Dresden 22. 12. 1909 Mugdan XXIII S. 159.

[5] Dies gilt nicht, wenn das Urteil auf den Namen des Verstorbenen gesprochen wird; denn ies ist ein Urteil für oder gegen die Erben.

zum Beispiel der A. klagt, als ob er der B. wäre, die Klage des A. wird dem X. zugestellt, als ob er der Y. wäre [1]. Die Prozeßentwicklung bezieht sich hier nicht auf scheinbare Personen, sondern auf Wirklichkeiten, und der Fehler besteht nur darin, daß nicht diese, sondern andere Personen handeln. Es ist mithin ebenso wie etwa im Zivilrecht mit einem error in persona. Ein solcher Widerspruch kommt allerdings in Betracht, aber nicht etwa so, als ob ein rechtliches Nichts vorhanden wäre, vielmehr gelten die Grundsätze der prozessualen Anfechtbarkeit. Und dasselbe gilt dann, wenn zwar die richtige Partei aktiv oder passiv im Prozeß auftritt, diese aber nicht prozeßfähig ist [2].

Eine andere Voraussetzung liegt in der Art der Prozeßsache. Was nicht dem Privatrecht angehört, soll auch nicht Gegenstand des Zivilprozesses werden, und man könnte hiernach annehmen, daß in solchem Falle das Verfahren unwirksam, sogar nichtig sei (weil die Gerichtsbarkeit sich nicht auf derartige Dinge erstrecke); dies wäre unzutreffend: die Art der Rechtssache ist keine Beschränkung der Gerichtsbarkeit, mindestens nicht bei den ordentlichen Gerichten; sie ist es wenigstens nicht bei solchen Rechtssachen, die auf der Grenze zwischen dem öffentlichen und dem Privatrechte stehen, wo eine Grenzüberschreitung innerhalb der vernunftgemäßen Schranken möglich ist. Würde allerdings ein Amtsrichter dem Reichskanzler eine diplomatische Aktion bei Strafvermeiden gebieten oder darüber entscheiden, daß A. und nicht B. in bezug auf den Thron erbfolgeberechtigt sei, dann wäre die Entscheidung nichtig, auch wenn man sie hätte rechtskräftig werden lassen. In Grenzfällen aber folgt die Gerichtsbarkeit dem Gerichte auch über die sachliche Grenze hinaus, und was rechtskräftig entschieden ist, ist gültig entschieden; doch kann vorher der Kompetenzkonflikt angeregt werden, sobald für diese Fragen ein Kompetenzgericht besteht, was landesgesetzlich zu bestimmen ist (z. B. Preuß. VO. vom 1. August 1879 und Preuß. Verfassung a. 96). Ist der K.Konflikt erhoben, so ist, falls das Konfliktsgericht die Sache dem bürgerlichen Gericht entzieht, die Gerichtsbarkeit des bürgerlichen Gerichts in diesem Punkte aufgehoben, und was es tut, wäre nichtig (auch wenn es das Reichsgericht wäre). Mit anderen Worten: auf Grenzgebieten tritt durch die Entscheidung des Kompetenzkonfliktsgerichts (mit Rückwirkung auf die Zeit der Erhebung des Konflikts) die Gerichtsunfähigkeit ein, die sonst von selbst einträte. Hat das bürgerliche Gericht die Sache als seiner Gerichtsbarkeit entzogen erklärt, das Konfliktsgericht aber das Gegenteil entschieden, so erlangt das bürgerliche Gericht hierdurch Gerichtsbarkeit und hat den Rechtsfall zu entscheiden, auch wenn es das Reichsgericht ist [3] (§ 17 GVG.).

Eine weitere Voraussetzung beruht darauf, daß eine Prozeßsache nicht zweimal vor Gericht gebracht werden soll; dies soll der Richter vermeiden; ist es aber doch geschehen, so ist der zweite Prozeß vollgültig. Daß eine Restitutionsklage möglich ist (S. 348), gehört nicht hierher.

Ein besonderes Mittel, um eine Ausspruch dahin zu erlangen, daß ein Richterspruch nicht aus Gerichtsbarkeit hervorgeht, gibt es nicht. Es bleibt nur eine Feststellungsklage übrig und ferner die Möglichkeit, daß der Beklagte einer Vollstreckung gegenüber mit der sogenannten Vollstreckungsgegenklage geltend macht, daß in der Tat kein richterliches Urteil und mithin auch kein vollstreckbarer Titel vorliegt (S. 367).

§ 71. Anders in den obigen Fällen der Anfechtbarkeit: bei der nicht richtigen Besetzung des Gerichts und bei den angeführten Mängeln in der Person der Parteien. Die Anfechtung erfolgt durch Klage, welche die ZPO. Nichtigkeitsklage nennt (§§ 578 ff. ZPO.), welche aber, dem Sprachgebrauch des BGB. entsprechend, wissenschaftlich als An-

[1] Vgl. über diese Fälle auch Dernburg-Kohler VI S. 555, 558.

[2] Ist eine Partei durch Zwang beeinflußt, so kann sie nicht als eine im Prozeß gültig vertretene gelten, § 579 Z. 4 ZPO. Vgl. Dernburg-Kohler VI S. 558.

[3] Vollkommen unrichtig RG. 10. Juni 1899, Bd. 44 S. 378 f. Es handelt sich hier vor allem darum, daß dem Reichsgericht allenfalls eine Gerichtsbarkeit zugeteilt wird; darüber kann es sich doch nicht beklagen! Auch handelt es sich um einen Konflikt zwischen der Zivil- und der Verwaltungsjustiz. Hier kann sich kein Gericht beschweren, wenn der Konflikt durch eine dazu bestimmte Behörde gehoben wird, sollte das Zivilgericht auch ein Gericht des Reichs, die konfliktlösende Behörde eine Behörde eines Bundesstaates sein. Denn das Reich kann sich in dieser Beziehung nicht höher dünken als der Einzelstaat: beide sind Träger derselben Kulturinteressen.

fechtungsklage zu bezeichnen ist. Die Anfechtung ist in das Belieben des Anfechtungsberechtigten gestellt, so daß, wenn dieser nicht anficht, die Entscheidung ohne weiteres bestehen bleibt; und außerdem ist die Anfechtung an eine bestimmte Form und Frist gebunden, ansonst sie ausgeschlossen und das Rechtsverhältnis vom Mangel geheilt ist. Ist dagegen die Anfechtung richtig erhoben und mit Erfolg durchgeführt, so ist das Rechtsverhältnis mit seinen Wirkungen als nichtig darzustellen, und das geschieht dadurch, daß das Anfechtungsgericht ein Abstandsurteil eine absolutio ab instantio ausspricht, d. h. das ganze Rechtsverhältnis als gelöst bezeichnet.

Die Frist dieser Anfechtungsklage ist ein Monat von der Kenntnis des Anfechtungsgrundes an. Fünf Jahre nach der Rechtskraft aber ist sie ausgeschlossen, auch wenn die Kenntnis erst nachträglich erworben wäre. Handelt es sich aber um Mängel in der Person der Partei, so kann die fünfjährige Frist nicht gelten; hat zum Beispiel A. statt des B. prozessiert, so wäre es gegen alle Gerechtigkeit, wenn nach fünf Jahren der Prozeß den B. treffen würde. Es würden dann die unheilvollen Zustände eintreffen, die seinerzeit in Frankreich so vielen Anlaß zur Beschwerde hervorriefen, wo man jemanden verklagte, die Klage in einer Weise zustellen ließ, daß sie dem Beklagten nicht zur Kenntnis kam, und ein Versäumnisurteil gegen ihn erwirkte, obgleich er von der Sache keine Kunde hatte. Man kann hier die Anfechtungsfrist erst von der Zeit der Kenntnisnahme an datieren, und mit Recht bestimmt die Prozeßordnung, daß die Kenntnis eine ganz entschiedene sein muß: die Frist beginnt erst von der Zustellung des Urteils an die richtige Partei oder ihren Vertreter (§ 586).

Die Anfechtung geschieht in der Form einer Klage, die aber nicht notwendig in erster Instanz, sondern bei der Instanz anzustellen ist, deren Urteil angefochten wird (§ 584 ZPO.).

In anderen Fällen der Voraussetzungsmängel tritt weder Nichtigkeit noch Anfechtbarkeit ein, sondern nur die Folge: der Richter soll den Prozeß als ergebnislos auflösen; dies geschieht in der Form des Urteils, welches man absolutio ab instantia nennt (Abstandserklärung), im Gegensatz zu einem sachabweisenden, den Anspruch erledigenden Urteil[1]. Tut es der erste Richter nicht, so kann und soll es im Fall eines Rechtsmittels der zweite oder dritte Richter tun; denn diese Voraussetzungsmängel können auch in höherer Instanz zur Sprache gebracht werden, und natürlich kann der Richter höherer Instanz das tun, was der Richter erster Instanz hätte tun sollen. So kommt es, daß in Fällen der Anfechtung auch durch Rechtsmittel geholfen werden kann; für eine Reihe von Voraussetzungsmängeln ist nur dieser Weg gegeben, ja selbst in einigen Fällen der nicht richtigen Besetzung des Gerichts (§ 579 ZPO.).

Fehler in dem (dem Urteil vorhergehenden) Verfahren können, wenn die Prozeßvoraussetzungen gegeben sind, niemals eine Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit begründen. Denn:

1. auch das fehlerhafte Verfahren ist ein behördliches, nicht ein bloßes Privatverfahren;

2. sofern das fehlerhafte Verfahren eine Unrichtigkeit des Urteils herbeiführt oder dem richtigen Urteil den Makel unzureichender Begründung anheftet, muß auf den Grundsatz verwiesen werden: die Gültigkeit des Urteils ist nicht von seiner Richtigkeit abhängig, noch weniger davon, daß es den Charakter einer tüchtig durchgeführten Arbeit aufweist: es ist ein ungünstiger Ausfall, keine Nichtigkeit.

Damit hat die ZPO. eine jahrhundertelange Entwicklung zum Abschluß gebracht. Nach römischem Recht war eine nichtige Entscheidung von selbst unwirksam, und es bedurfte keines Rechtsbehelfs, um dies zur Geltung zu bringen. Im mittelalterlichen Rechte rang sich aber die Idee durch, daß wenigstens in einer Reihe von Fällen die durch die Nichtigkeit betroffene Partei sich wehren und auftreten müsse, und so konstruierte man die actio nullitatis, die sich bereits in den italienischen Stadtrechten findet[2], die dann auch von der Doktrin und der Gesetzgebung des Deutschen Reichs[3] weiterentwickelt wurde, hier aber zu vielen Irrtümern führte.

---

[1] Ist wegen Prozeßmängel auf absolutio ab instantia zu erkennen, so kann nicht zugleich Sachabweisung stattfinden: das eine schließt das andere aus; vgl. RG. 4. 1. 1911 Entsch. 75 S. 259.

[2] Über den Brauch in Südtirol vgl. jetzt Voltelini, Acta Tirolensia p. CLXXIII; Statut von Vicenza 1425 II 37 f. u. a.

[3] Vgl. Kammergerichtsordnung 1521 Tit. 21 und 1555 III, Tit. 34. Aber auch noch in der badischen ZPO. 1864 findet sich ein actio nullitatis mit 10jähriger Frist, § 6, dazu Freydorf, Erläuterungen S. 321, mit Entscheidungen.

Die Irrtümer bestanden namentlich in folgendem: 1. man nahm auch in Fällen, wo eine Nichtigkeit von Amts wegen unumgänglich ist, z. B. mangels der Gerichtsbarkeit, an, daß die Nichtigkeitsklage erhoben werden müsse; 2. man verwechselte die Fälle des nichtigen Urteils mit den Fällen des unrichtigen Urteils, indem man gewisse grobe Fehler des Verfahrens als Nichtigkeitsgründe behandelte, was, wie bereits bemerkt, gegen die Grundgedanken des Zivilprozesses verstößt [1]. Beide Fehler hat die ZPO. vermieden. Im ersteren Falle gibt sie überhaupt kein besonderes Abhilfsmittel, und was den zweiten betrifft, so spricht sie mit Recht bei der Nichtigkeitsklage nicht von irgendwelchen Mängeln des Verfahrens, sondern nur von gewissen Mängeln der Prozeßvoraussetzungen.

B. Rechtsverhältnis im Urteil.

I. Entscheidungskraft.

1. Urteilsvoraussetzungen.

§ 72 Im Gegensatz zu allen anderen Rechtshandlungen des Gerichts steht die Fällung des Endurteils: dieses tritt dem ganzen sonstigen Prozesse als etwas Überwältigendes gegenüber, so daß sich alles andere nur als Vorbereitung verhält. Die Richtigkeit und Formvollendung aller anderen Rechtshandlungen zielt lediglich dahin, ein gutes, richtiges Urteil zu erlangen. Daher ist die Formenrichtigkeit einer sonstigen Prozeßhandlung niemals an sich Voraussetzung für die Gültigkeit des Prozesses; ihr Fehlen kann nur möglicherweise herbeiführen, daß es an den Prozeßvoraussetzungen fehlt (so der Mangel der Ladung des Beklagten); dagegen ist die Formenrichtigkeit des Urteils eine Voraussetzung für die Gültigkeit des Prozeßergebnisses. Mit Recht spricht daher auch die deutsche ZPO. in Buch II Abschnitt 1 vom Verfahren bis zum Urteil und vom Urteil.

Urteilsvoraussetzung ist:

1. daß das Urteil in einem gültigen Verfahren erfolgt (insofern kommen die Prozeßvoraussetzungen zugleich als Urteilsvoraussetzungen in Betracht);
2. daß es in der richtigen Form ausgesprochen wird und
3. von der richtigen Person.

Die Form ist die der Verkündung in einem dazu bestimmten gerichtlichen Termin durch Vorlesung der Urteilsformel, wobei die Entscheidungsgründe miteröffnet werden können. Von der Voraussetzung der Verlesung aus einer schriftlichen Niedersetzung (wie man im römischen Rechte sagte, de periculo) kann in gewissen einfachen Fällen abgesehen werden (§ 311 ZPO.). Über die abgekürzten Urteilsformen ist bereits oben (S. 318) gehandelt worden.

Die Verkündung erfolgt durch den Vorsitzenden in Gegenwart des Gerichts (§ 136 ZPO.).

Die Folgen des Mangels dieser Voraussetzungen aber sind:

1. Das Urteil wird nichtig, wenn der Prozeß nichtig oder unterbrochen ist [2]; die Anfechtung des Prozesses ficht auch das Urteil an.

2. Wenn das Urteil in einer anderen als der gesetzlichen Form gesprochen ist, dann ist es nichtig; denn eine formelle Rechtshandlung ist nichtig, wenn es ihr an der Form gebricht (§ 125 BGB.); die Form hat ihren guten Grund: sie soll die Überlegung sichern, sie soll es sichern, daß das Urteil nicht mit bloß vorübergehenden, vorbereitenden Aussprüchen verwechselt wird [3]. Daher wäre bei uns ein Urteil nichtig, das nicht verkündet, sondern zugestellt würde; ferner ein Urteil, das nicht deutsch verkündet, sondern in einer fremden Sprache verlesen würde

[1] Als nichtig betrachtete man kraft Inst. pac. Osnabr. XVII 3 auch jedes einer Bestimmung des Westfälischen Friedens widersprechende Urteil. Contra hanc transactionem .... nulla jura .... litispendentiae, quocunque tempore latae sententiae, res judicatae .... unquam allegentur, audiantur aut admittantur ....

[2] Vorbehaltlich der Bestimmung des § 249 ZPO.: das Urteil gilt hier fiktiv als am Schluß der mündlichen Verhandlung gesprochen.

[3] Daher im kanonischen Prozeß die Bestimmung, daß der Richter das Urteil sedens fällen müsse.

(§ 186 GVG.)[1]. Würde dagegen bloß gegen den Satz verstoßen, daß das Urteil schriftlich niedergesetzt und von der Niedersetzung verlesen werden soll, so wäre zu sagen, daß ein derartiges Urteil „ex abrupto" dann als nichtig zu betrachten wäre, wenn der Mangel im Termin zur Geltung gebracht würde, oder wenn etwa das Gericht selbst auf Grund dessen sofort erklärte, daß das Gesagte ihm nicht entspreche und ein anderes Urteil folgen werde. Ist aber im Termin das Urteil anstandslos verkündet worden, so läßt sich nicht annehmen, daß dieser Mangel noch weitere Bedeutung hat[2].

3. Wenn das Urteil nicht von der richtigen Person verkündet worden ist, z. B. bloß vom Gerichtsschreiber oder einem Beisitzer, so ist es nichtig, auch wenn es vom Gericht gefunden worden ist.

Der Inhalt des Urteils kann es nicht wirkungslos machen, denn der Inhalt kann höchstens unrichtig sein, und es ist ein Gesetz des Prozesses, daß die Gültigkeit der Entscheidung von ihrer Richtigkeit unabhängig ist (S. 257). Nur ein Fall ist als Grund der Wirkungslosigkeit anzunehmen, wenn nämlich das Urteil etwas Unmögliches enthält, indem es entweder etwas sich selbst Widersprechendes feststellt oder eine Partei zu etwas Unmöglichem verurteilt. Ebenso wie ein Vertrag oder ein anderes Rechtsgeschäft so muß auch das Urteil wirkungslos sein, wenn es etwas Unmögliches verlangt oder sich selbst widerspricht. Dies wäre zum Beispiel gegeben, wenn eine Entscheidung in einer Erfindersache im ersten Satz erklärte, daß eine Tätigkeit unter das Patent fällt, und im anderen Satz eine angeblich andere Tätigkeit als außerhalb des Patentes stehend bezeichnete, und es sich herausstellen würde, daß diese angeblich andere Tätigkeit technisch dieselbe Tätigkeit wäre wie die erste[3]: hier würde das Urteil „ja" und „nein" zugleich sagen[4]. Ein anderer Fall wäre, wenn etwa das Gericht jemanden verurteilte, ein Gebäude in einer Weise aufzurichten, wie es technisch unmöglich wäre[5]. Ähnliches ist schon vorgekommen[6]. Dagegen wäre eine solche Unmöglichkeit oder ein solcher Selbstwiderspruch gar nicht gegeben, wenn das Urteil etwas bestimmen würde mit einer angeblichen Ausnahme und es sich herausstellte, daß die Ausnahme unmöglich ist; denn hier bestimmt eben das Urteil effektiv etwas Ausnahmsloses[7]. Man denke an den Fall, daß jemandem im Erfinderrecht eine bestimmte Tätigkeit verboten, jedoch unter einer genau beschränkten Bedingung ausnahmsweise erlaubt wird, und wenn es sich herausstellt, daß diese letztere Ausnahme technisch undurchführbar ist: das Urteil bleibt doch gültig, denn A. minus etwas Unmöglichem ist eben A., also etwas Mögliches. Dasselbe würde überhaupt gelten, wenn das Gericht jemandem etwas Unmögliches nicht geböte, sondern gestattete; es gestattet eben dann ein einfaches Nichts, und dies ist völlig gültig; zum Beispiel es erkennt dem A. das Eigentum, dem B. das Recht zu, auf dem Gelände Steinkohlen zu graben, welche nicht vorhanden sind; es gibt dem B. das Recht, Wasser zu leiten, während kein Wasser in der Nähe ist; es gibt das Recht des Fabrikbetriebes, während eine Fabrikanlage nicht möglich ist. Hier überall ist das Urteil gültig; es ist ebenso, wie wenn es auf ein Nichts ginge; ebenso wie das Mittelalter den Spielleuten als Wergeld den Schatten eines Schildes zuerkannte.

Die Wirkungslosigkeit des Urteils in diesem Sinne ist eine völlige Wirkungslosigkeit; sie kann in der Weise zur Prüfung kommen, daß über dieselbe Frage noch einmal ein Prozeß be-

[1] RG. 18. 3. 1886 Entsch. XVI S. 331.

[2] So bereits „Prozeß als Rechtsverhältniß" S. 58 f.

[3] Dernburg-Kohler VI S. 559.

[4] Oder wie es jüngst in einem Fall geschah: wenn das Urteil bestimmt hat, daß A. aus dem Bergwerk Galmei, B. die Blende bekommen soll, und eine solche Ausschneidung technisch unmöglich ist. Vgl. Wach in Rhein. Z. III S. 373 und IV S. 509 f.

[5] Etwas Unmögliches läge auch dann vor, wenn das vom Gericht Gebotene oder Gestattete außerhalb des sittlich Möglichen stünde, so, wenn das Gericht dem Gläubiger das Pfund Fleisch des Schuldners zuerkennen würde. Das wäre nichtig, auch wenn es rechtskräftig in aller Form ausgesprochen wäre. Einige sind anderer Ansicht; gut, daß sie das Experiment nicht an sich selbst vornehmen lassen müssen. Das gleiche würde gelten, wenn das Urteil zwei Gleichgeschlechtliche zum ehelichen Zusammenleben verurteilen wollte.

[6] Vgl. Entsch. des Preuß. Obertrib. 3. Febr. 1852 Striethorst Archiv VI S. 16 f.

[7] Diesen Fall habe ich bereits im „Prozeß als Rechtsverhältnis" S. 60 angedeutet. Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, daß künftig eine solche Ausnahmetätigkeit technisch möglich wird: dann kommt die Ausnahme zur Geltung, Lehrb. des Patentrechts S. 156.

gonnen und dabei die Nichtigkeit des Urteils zur Geltung gebracht wird, oder auf dem Wege einer Feststellungsklage; oder endlich, wenn es zur Vollstreckung kommt, kann mit einer Vollstreckungsgegenklage vorgegangen werden, falls überhaupt bei der Unmöglichkeit von einer Vollstreckung die Rede sein kann; z. B. wenn das Gericht durch Haft oder Geldbuße eine unmögliche oder unsittliche Tätigkeit erzwingen wollte (S. 367, 387).

2. Urteilsfeststellung.

a) Charakter.

§ 73. Das feststellende Urteil hat die Bedeutung, daß hier das öffentliche Recht das private überwindet. Steht es mit dem bisherigen Rechte im Widerspruch, so ändert es dasselbe; das bisherige Recht muß dem vom Urteil festgestellten weichen, was die Deutschen in genialer Weise damit aussprachen: Unrecht ist auch Recht. Manche haben angenommen, daß hier in der Tat nicht eine Änderung des bürgerlichen Rechtes eintrete, sondern es bleibe, wie es ist, daß sich aber in das bürgerliche Recht ein dasselbe durchkreuzendes publizistisches Verhältnis einschöbe; so daß zwischen dem bürgerlichen Rechte und diesen publizistischen Beziehungen zu unterscheiden wäre und bürgerlich-rechtlich die Sache dem einen zustehen könne, während der andere die Befugnis hätte, vom Gericht zu verlangen, daß es das Unrecht als Recht erklären und die Sache ihm zuerkennen solle. Das Gericht spräche also: die Sache gehört dem A., aber ich muß sie dennoch dem B. zusprechen. Ein solcher Dualismus stände im Widerspruch mit der Bedeutung der feststellenden Rechtspflege; diese soll Ruhe und Frieden bringen und nicht einen neuen Zwiespalt in die Verhältnisse hineintragen.

Die unrichtige Ansicht ist neuerdings durch Pagenstecher Z. f. ZP. XXXVII S. 1 ff. völlig vernichtet worden[1]. Es führt doch auch zu den seltsamsten Konsequenzen, wenn wir uns den Fall denken: Im Streite zwischen A. und B. erkennt der Richter das Eigentum des B. an; trotzdem nimmt A. die Sachen dem B. weg, und wenn er wegen Diebstahl verfolgt wird, so erklärt er, daß die Sache ihm nichtsdestoweniger gehöre, er also seine eigene Sache weggenommen und mithin keinen Diebstahl begangen habe. Nun möchte man immerhin sagen: auch der Strafrichter ist an das Zivilurteil gebunden, und hiernach müßte der Strafrichter sagen: obgleich ich überzeugt bin, daß die Sache dem A. gehört und mithin A. seine eigene Sache weggenommen hat, so muß ich ihn trotzdem wegen Diebstahl verurteilen, weil mir durch das Zivilgericht vorgeschrieben ist, die Sache des A. so zu behandeln, wie wenn sie die Sache des B. wäre. Das wäre schon an sich eine Ungeheuerlichkeit; wenn wir uns aber noch zudem einen X. als Gehilfen denken, so müßte der Richter sagen: das Zivilurteil bezieht sich nur auf A. und B., nicht auf X.; für X. kann ich daher annehmen, daß die Sache richtigerweise dem A. gehört, mithin liegt bezüglich des X. kein Diebstahl vor, da er nur dem A. helfen wollte, seine eigene Sache zu nehmen. Oder: Im Nichtigkeitsprozeß ist die Ehe zwischen A. und B. als nichtig erklärt worden. A. will wieder heiraten. Der Standesbeamte weigert sich: das Urteil sei unrichtig, und die Ehe zwischen A. und B. bestünde noch. Oder: Im Streit zwischen A. und B. wird A. als Eigentümer des Grundstückes bezeichnet; trotzdem hätte die Steuerbehörde die Grundsteuer stets von dem A. zu erheben und alle öffentlichen Lasten würden ihm obliegen; oder soll etwa das prozessuale Verhältnis, welches den Richter zwingt, seiner Überzeugung zum Trotz das Eigentum des A. als das Eigentum des B. zu betrachten, auch die Verwaltungsbehörde binden?

Und wie wäre es im internationalen Recht? Die prozessuale Folge des Urteils, welche den Richter zwingt, etwas Falsches anzunehmen, würde nur im Inlande, nicht im Auslande gelten. Wenn also A. dem B. die Sache im Inlande stiehlt, so wird er als Dieb verurteilt, wenn er sie im Auslande nimmt, ist er ein Ehrenmann. Diese Dinge sind nicht weiter zu erörtern.

Man hat in sehr unglückseliger Weise entgegengehalten, daß, wenn der Staat eine zivilrechtliche Folge herbeiführe, diese Folge doch absolut eintreten müßte. Allein die Folgen können nur eintreten in den Grenzen der Parteirechte, da nur die Parteien streiten. Daher

[1] Vgl. auch Dernburg-Kohler VI S. 576.

kann in dem Prozeß zwischen A. und B., falls weder A. noch B. Eigentümer ist und das Urteil die Sache dem B. zuerkennt, B. natürlich nicht Eigentümer werden, schon deswegen nicht, weil der Staat nicht die Befugnis hat, den dritten Eigentümer, der dem Prozeß fernsteht, einfach zu expropriieren. Das Urteil kann natürlich nur so viel wirken, als ein Übertragungsakt von A. auf B. bewirken könnte: B. kann dadurch Ersitzungsbesitzer, wenn auch nicht Eigentümer werden, und wenn er ins Grundbuch eingetragen wird, so treten Folgen des Grundbucheintrages ein; insoweit wirkt das Urteil zivilistisch.

Daraus geht hervor:

1. Jede andere Form wird durch die Urteilsform ersetzt; bewirkt daher das Urteil den Übergang von Grundeigen, so findet er statt vor jedem Eintrag zum Grundbuch, und das Grundbuch, in dem der Eintrag fehlt, ist sofort unrichtig. Begründet das Urteil eine Schenkungspflicht, so begründet es sie ohne öffentliche Beurkundung.

2. Das Urteil begründet das festgestellte Rechtsverhältnis so, wie es wäre, wenn es in der vom Urteil festgesetzten Weise bestanden hätte. Setzt also das Urteil das Vorhandensein der ehelichen Kindschaft fest, so tritt diese ein mit allen jenen Eigenheiten, die vorhanden wären, wenn die Kindschaft von Geburt an bestanden hätte.

3. Das Urteil begründet das festgesetzte Rechtsverhältnis mit allen seinen Folgerungen; wird also das Eigentum des A. gegenüber B. festgesetzt, so wird damit auch festgesetzt, daß A. dem B. gegenüber die Pflichten des Eigentümers habe; es wird damit auch festgesetzt, daß die gesetzlichen Nachbarrechte zwischen beiden bestehen; es wird damit auch festgesetzt, daß A. haftet, wenn durch die ihm als Eigentum zugesprochene Sache die Nachbarsache des B. verletzt wird. Und ist ein Schuldverhältnis zwischen zwei Personen festgesetzt, so ist damit auch festgesetzt, daß die Erscheinungen eintreten, welche mit dem Schuldverhältnis verbunden sind, also die Zinspflicht, die Haftung aus dem Verzug; und wird eine Schuld eines Mündels festgesetzt, so muß sie erfüllt werden, ohne daß die Obervormundschaft mehr hineinzureden hätte [1].

4. Indem das Urteil ein Recht begründet oder versagt, verneint es von selbst das Gegenteil, denn Sein und Nichtsein kann nicht zugleich bestehen: wer A. setzt, schließt damit das Nicht-A. von selbst aus. Wenn zwischen A. und B. der B. als Eigentümer erklärt worden ist, so ist A. von selbst der Nichteigentümer. Wenn im Fall einer negativen Feststellungsklage des A. gegen B. die Klage des A. abgewiesen wird, so wird dadurch zugleich das positive Recht des B. anerkannt [2].

Mit dem Gesagten ist nicht verneint, daß das festgestellte Rechtsverhältnis durch das Urteil mit einiger Verschärfung festgesetzt werden kann, d. h. so, daß zu dem Zivilrechtsverhältnis, wie es nach Maßgabe der Feststellung besteht, infolge des Urteils etwas hinzutritt.

Wie das Urteil zugleich einen vollstreckbaren Titel bietet, so kann durch das Urteil ein zivilistischer Zuwachs in der Art entstehen, daß dem Berechtigten ein schärferes prozessuales Zugreifen gestattet ist, als bisher. Insbesondere:

1. Ist der Nießbraucher zur Sicherheitsleistung verurteilt, so kann der Eigentümer, wenn dem Urteil nach einer Frist nicht entsprochen wird, Sequestration verlangen (§ 1052 BGB., § 255 ZPO.); das gleiche gilt vom Vorerben (§ 2128 BGB.).

2. In ähnlicher Weise geht nach § 2193 (vgl. § 255 ZPO.) das Wahlrecht über [3].

3. Der Gläubiger kann dem rechtskräftig verurteilten Schuldner eine Frist mit der Erklärung setzen, daß er im Fall der Nichtleistung die Annahme verweigere; er kann es mit der Folge, daß nach fruchtlosem Ablauf der Frist eine Schadensersatzpflicht eintritt (§ 283; vgl. §§ 286, 326 BGB. und § 255 ZPO.). In allen diesen Fällen (1—3) kann die Frist in das Urteil aufgenommen werden: die Frist ist eine Frist des Vollstreckungsrechts.

---

[1] Richtig Kuttner, Festgabe f. Martitz S. 235. Natürlich gilt dies aber nicht gegen Dritte, wenn ihre Interessen beteiligt sind und das Urteil nicht ihnen gegenüber erging (z. B. nicht gegen den Ehemann, wenn die Ehefrau allein verurteilt wurde).

[2] RG. 5. 4. 1909 Entsch. 71 S. 74, 30. 5. 1910 Entsch. 74 S. 128, 20. 10. 1910 JW. 40 S. 50; 31. 1. 1911 JW. 40 S. 329; 15. 5. 1911 JW. 40 S. 657; Kammergericht 25. 4. 1911 Mugdan XXIII S. 172.

[3] Arch. f. bürgerl. Recht XXI S. 265 f. (Zwölf Studien zum BGB. II S. 10).

b) Objektive Ausdehnung der Rechtskraft.

§ 74. Das Urteil soll nicht weiter reichen, als ein Urteil begehrt ist, nicht weiter, als die Klage reicht, welche erhoben wurde; denn nur insoweit ist ein Entscheidungsobjekt für das Gericht gegeben.

Daraus ergibt sich von selbst, daß die Erwägungen, welche das Gericht anstellt, in bezug auf sogenannte Präjudizialfragen, d. h. auf Fragen, aus deren Folgerungen heraus die Rechtssache entschieden werden muß, keine feststellende Kraft haben können. Diese Erwägungen treffen nicht dasjenige, worüber Entscheidung begehrt wird; sie sind eine vorbereitende Verstandestätigkeit, keine rechtsgeschäftliche Urteilstätigkeit. Sie sind es auch dann nicht, wenn das Urteil, was allerdings geschehen soll, sie in seinen Entscheidungsgründen erwähnt, denn das Urteil soll seine Entscheidung motivieren. Der Inhalt der Entscheidungsgründe ist also bloß intellektueller, nicht rechtsgeschäftlich-bestimmender Natur. Das ist der berühmte Satz daß Entscheidungsgründe nicht an der Rechtskraft teilnehmen; ein Satz, der lange verkannt war, namentlich deshalb, weil das Gegenteil von einem großen Mann vertreten wurde, der aber gerade dadurch kundgab, daß er nur Zivilist, nicht auch Prozessualist war, nämlich Savigny. Das Gegenteil würde schon darum zu den ungeeignetsten Folgen führen, weil hiernach das Gericht nicht nach Maßgabe der Klagesache, sondern der Präjudizialsache zuständig wäre; und wenn z. B. 40 Mk. Zinsen aus 1000 Mk. Kapital eingeklagt wären, so müßte das, Landgericht zuständig sein, weil in verbindender Weise über die 1000 Mk. Kapital mitentschieden würde. Heutzutage ist der richtige Satz nicht mehr bestritten und auch in der ZPO., § 322, ausdrücklich hervorgehoben. Die Entscheidung über Zinsen ist nicht auch eine Entscheidung über das Kapital, die Entscheidung in der Prozeßfrage nicht auch eine Entscheidung über die Präjudizialfrage. Schwierigkeiten haben sich herausgestellt im Falle der Aufrechnung, namentlich wenn der Richter die Aufrechnungsforderung für nicht vorhanden erklärt und darum die Aufrechnung als wirkungslos zurückweist. Zum Beispiel: gegen eine Forderung von 100 Mk. wird eine Gegenforderung von 2000 Mk. aufgerechnet. Hier hat man vielfach behauptet, daß, wenn der Richter die Aufrechnungsforderung ablehnt, damit über die vollen 2000 Mk. entschieden wäre; denn wenn von den 2000 Mk. auch nur etwas als vorhanden angenommen würde, so hätte die Aufrechnung insofern gewährt werden müssen. Das ist völlig unzutreffend: der Richter hat die 2000 Mk. überhaupt nur insoweit in Betracht zu ziehen, als sie dazu dienen können, die 100 Mk. aufzuheben; daher kann seine Entscheidung die Gegenforderung auch nur in diesem Betrage von 100 Mk. treffen. Das war auch schon früher anzunehmen und ist nunmehr durch § 322 der neuen ZPO. ausdrücklich ausgesprochen worden.

Allerdings besteht häufig ein Interesse daran, daß die präjudizielle Frage ein für allemal erledigt wird; allein hier kann der Kläger durch Inzidentfeststellungsklage, der Beklagte durch Widerklage bewirken, daß die Entscheidung hierauf ausgedehnt wird; hierdurch wird dasjenige, was sonst nur intellektuell zum Zweck der Entscheidung des Hauptprozesses erörtert würde, zum Gegenstand einer rechtsgeschäftlichen Entscheidung im besonderen Prozesse gemacht (§§ 280, 281 ZPO.). In diesem Fall wird, wenn der alte Prozeß bei dem Amtsgericht spielt und der neue Prozeß an das Landgericht gehört, beides auf Antrag durch Beschluß des Amtsgerichts an das Landgericht verwiesen (§ 506 ZPO.), das an diese Verweisung gebunden ist (Rechtslage).

Doch muß folgendes gelten: wenn aus einem dinglichen Rechte ein Anspruch geltend gemacht wird, also ein Eigentums-, ein Erbschaftsanspruch, romanistisch gesagt eine rei vindicatio, eine hereditatis petitio, so ist darin schon ohne weiteres ein Feststellungsbegehren inbegriffen, und das Gericht hat daher nicht nur über die Ansprüche, sondern auch über das Eigentums- oder Erbrecht zu entscheiden; denn im Anspruch wirkt das Recht selbst, und zwar unmittelbar: Anspruch und Recht stehen nicht in einem Präjudizialverhältnis, sondern im Verhältnis des ruhenden und wirkenden Seins.

c) Subjektive Ausdehnung der Rechtskraft.

§ 75 Uber die subjektive Ausdehnung der Entscheidungswirkung bestimmt das römische Recht folgendes:

Die Entscheidung ist eine Folge des zwischen den Parteien obschwebenden Streites; sie beendet das zwischen den beiden Teilen bestehende prozessuale Rechtsverhältnis; ihre Wirkung ist darum auf die zwei streitenden Teile beschränkt: man drückt dies mit dem Satz aus, daß die Entscheidung ius facit inter partes. Der Grundsatz ergibt sich von selbst daraus, daß das Urteil von dem Rechtsverhältnis des Prozesses abhängig ist und aus diesem hervorgeht: dieses Rechtsverhältnis aber ist ein Rechtsverhältnis unter den Parteien; er ergibt sich ferner aus der praktischen Erwägung, daß es ungerecht wäre, unter der Prozeßführung zweier Teile Dritte leiden zu lassen.

Damit steht nicht im Widerspruch, daß, wenn jemand für alle Schulden einer Person haftet, er natürlich auch für die Judikatsschulden dieser Person haftet und mithin die Verurteilung dieser Person auf ihn zurückwirkt; dies gilt besonders, was die Haftung des offenen Gesellschafters für die Schulden der Gesellschaft betrifft, § 129 HGB. [1].

Damit steht ferner folgendes nicht im Widerspruch: Bewirkt das Urteil einen Rechtsübergang, dann tritt eine bürgerlich-rechtliche Folge ein, welche dritte Personen ebenso anerkennen müssen, als wenn dieser Übergang auf einem Übertragungsgeschäft unter den Parteien beruhte; wenn die Rechtsordnung den A. dem B. gegenüber als Eigentümer erklärt, erklärt sie von selbst, daß Dritten gegenüber mindestens die Rechtsfolgen eintreten müssen, wie wenn A. durch Rechtsgeschäft das Eigentum von B. erworben hätte [2]; in gleicher Weise muß, wenn zwischen A. und B. das Forderungsrecht gegen C. im Streite liegt und das Gericht dem A. die Forderung zuerkennt, dem Schuldner gegenüber mindestens die Wirkung eintreten, wie wenn durch Rechtsgeschäft das Forderungsrecht von B. auf A. übergegangen wäre. Allerdings kann der Schuldner immer noch behaupten, daß weder A. noch B. forderungsberechtigt sei: insoweit wird er durch den Streit nicht betroffen; sofern er aber gegenüber dem B. das Forderungsrecht anerkennt, ist er nun dem A. gegenüber verpflichtet: denn wenn auch B. der berechtigte Gläubiger war, so hat nun das Urteil das Gläubigerrecht auf A. übertragen.

Ebenso ist es im Erbrecht, wenn A. den Erbschaftsanspruch gegen B. erhebt, und wenn B. der wirkliche Erbe ist und trotzdem unterliegt. Die Folge ist die, daß die Erbschaft von B. auf den A. übergeht, und es treten die gleichen Wirkungen ein wie bei der Erbschaftsübertragung: B. haftet den Gläubigern nach den Grundsätzen weiter, welche vom Erbschaftskaufe gelten, aber auch nur nach diesen Grundsätzen [3].

Das obige wird schwieriger in dem Fall, wenn zwischen Testaments- und gesetzlichem Erben oder zwischen Erben aus zwei verschiedenen Testamenten der Prozeß obschwebt, weil hier die Vermächtnisschulden verschieden sind, der gesetzliche Erbe gar keine, der Erbe aus einem anderen Testament ganz andere Vermächtnisse zu tragen hat. Indes wird der Widerspruch folgendermaßen ausgeglichen: der Testamentserbe B. haftet, sofern er das Inventarrecht nicht verloren hat, für die Vermächtnisse nur mit dem Erbschaftsvermögen; wird er daher von dem gesetzlichen Erben A. im Prozesse überwunden und gibt er ihm die Erbschaft heraus, so muß er dem Vermächtnisnehmer gegenüber in der gleichen Lage sein wie nach § 1992 BGB. und kann diesen an den gesetzlichen Erben verweisen. Der Vermächtnisnehmer kann dem gesetzlichen Erben A. gegenüber beweisen, daß B. der richtige Erbe ist, daß das Testament besteht, und daß ihm daher die Vermächtnisse ausgezahlt werden müssen; er kann es ebenso, wie wenn A. von B. die Erbschaft durch Erbkauf erworben hätte: von diesem Beweis ist er nicht abgeschnitten; immerhin ist seine Lage durch den Erfolg des Rechtsstreites verschlimmert, weshalb er im Rechtsstreit zwischen A. und B. als streitgenössischer Intervenient eintreten kann (oben S. 294).

Ist keine der Parteien, weder A. noch B., Eigentümer, und wird im Prozeß zwischen ihnen dem Kläger A. das Eigentum zugesprochen, dann kann allerdings das Urteil den Kläger

---

[1] Vgl. auch RG. 13. April 1901 Bd. 49 S. 341 und die dortigen Zitate.

[2] So z. B. wenn jemand von B. gemietet hätte und die Miete dem A. gegenüber durchführen möchte. Vgl. auch hierüber und zum folgenden Wach, Zur Lehre von der Rechtskraft (1899), und Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft (1900), wo auch dogmengeschichtliches Material; vgl. auch denselben in der Rhein. Zeitschrift V S. 412. Oben S. 344.

[3] Wollte man ihn haftlos erklären, so bedürfte es nur der siegreichen Erbschaftsklage eines zahlungsunfähigen Menschen, um den Erben von seiner Haftung zu befreien.

nicht zum Eigentümer machen. Wenn er also Dritten gegenüber auftreten will, so kann er sich nicht auf das Urteil berufen; höchstens, daß das Urteil, wie schon die Römer annehmen, einen Ersitzungstitel bildet, d. h. den Ausgang der Ersitzung begründen kann, und daß der Sieger eine Berichtigung im Grundbuch begehren kann, welche die entsprechende Wirkung hat (§ 894 BGB.), oben S. 344. Trotzdem bleibt das Urteil nicht wirkungslos, aber es bewegt sich bloß in der Sphäre des Anspruchs. Da es wegen der Beziehung zu Dritten das Recht nicht schaffen kann, so schafft es den Anspruch: der Beklagte B. hat den Besitz des siegreichen Klägers A. so anzuerkennen, wie wenn dieser Eigentümer wäre, und hat ihn in jeder Beziehung, z. B. auch in Beziehung auf den Fruchtgenuß, zu respektieren. Und umgekehrt bewirkt es, daß ein Anspruch des Beklagten B. gegen den Kläger A. ausgeschlossen ist, denn beides würde in einem Unverträglichkeitsverhältnisse stehen: der Anspruch des Beklagten wäre im logischen Widerspruch mit dem begründeten Anspruch des Klägers.

Handelt es sich um eine urteilsmäßig festgestellte obligationsrechtliche Pflicht, dann bildet das Urteil den Titel des Schuldverhältnisses. Dieser Titel absorbiert nicht die übrigen etwa bestehenden Titel; er ist nur ergiebiger und bequemer. Spricht das Urteil die Obligationsfreiheit aus, so entsteht eine Obligationsfreiheit mit allen Folgerungen, z. B. wenn die Schuld des Hauptschuldners nicht besteht, so haftet auch der Bürge nicht, und mit der Haftung des Hauptschuldners hört die Haftung des Bürgen auf [1].

Handelt es sich um Entscheidungen im Ehenichtigkeits- oder Eheanfechtungsprozeß oder im Prozeß über Bestehen oder Nichtbestehen der Ehe, oder handelt es sich um ähnliche Prozesse über die Kindschaft, so versteht sich hiernach von selber, daß die Entscheidung für Dritte insofern gilt, als die für bestehend erklärte Ehe von nun an als bestehend, die für nichtbestehend oder nichtig erklärte Ehe fürder als nichtbestehend betrachtet wird; und das gleiche gilt von dem Prozeß über die Kindschaft. Außerdem aber hat hier die Entscheidung eine weitergehende Wirkung; davon soll später (S. 400) gehandelt werden.

Eine mittelbare Beeinflussung der Rechtskraft kann dann stattfinden, wenn die Rechte mehrerer Personen so miteinander zusammenhängen, daß eine getrennte Behandlung die Rechte entstellen und einen jeden im Rechtsgenusse stören würde. Hier muß wenigstens die günstige Entscheidung der einen Person auf die andere wirken (S. 363). In diesem Falle kann man übrigens noch nicht von einer sozialen Wirkung des Urteils sprechen, denn diese Einwirkung geht ganz vom individualistischen Standpunkt aus; sie ist aber nichtsdestoweniger sehr bedeutsam. So kann z. B. eine Entscheidung im Grunddienstbarkeitsprozeß bei einer Mehrheit von Miteigentümern nur einheitlich ergehen; denn es läßt sich nicht durchführen, daß von seiten des einen Miteigentümers die Grunddienstbarkeit benutzt wird, von seiten eines anderen nicht: darum muß hier der Satz gelten, daß der Sieg des einen Miteigentümers allen zugute kommt. Das gleiche muß aber auch bei unteilbaren Schuldverhältnissen angenommen werden, denn hier kann der Berechtigte nur verlangen, daß zugunsten aller geleistet werden soll (§ 432 BGB.); wenn nun von diesen allen der eine oder andere nicht berechtigt wäre, so würde die Leistung nicht oder doch nicht so geschehen können, wie es dem Schuldverhältnisse entspricht, und darum der Satz: der Sieg des einen kommt allen zugute. Nicht dasselbe gilt bei Gesamtschuldnerschaften und Gesamtgläubigerschaften. Hier ist ein Bedürfnis gleichartiger Behandlung nicht gegeben; dieses käme nur wegen der nachträglichen Ausgleichsverhältnisse in Betracht, und solche sind nur etwas Sekundäres und berühren das Verhältnis zum Streitgegner nicht [2].

Bedeutsame Fälle einer solchen Gesamtwirkung aber finden sich im Immaterial- und Persönlichkeitsrecht: wird ein Patent, ein Muster, eine Marke für nichtig erklärt [3], so wirkt das Urteil zugunsten aller; aber auch, wenn auf den Widerspruch *eines* Konkursgläubigers das Gläubigerrecht eines Anmelders abgestritten wird, so ist das Gläubigerrecht für den ganzen Konkurs abgestritten [4].

[1] RG. 10. 6. 1909 JW. 38 S. 419.
[2] Richtig RG. 22. 5. 1909 JW. 38 S. 419; vgl. § 425 BGB.
[3] Handb. des Patentrechts S. 384, Lehrb. d. Patentrechts S. 158, Musterrecht S. 132, Warenzeichenrecht S. 137.
[4] Leitfaden des Konkursrechts 2. Aufl. S. 253.

Im übrigen ist die ganze Lehre von der subjektiven Beschränkung der Rechtskraft von den germanischen Völkern nur mit einem gewissen Widerwillen angenommen worden, und nach und nach regten sich Bestrebungen, die Wirkung der Urteile auszuweiten und ihnen einen sozialen, allgemeingültigen Charakter zu verleihen. Davon wird später (S. 399) die Rede sein.

II. Reaktion des materiellen Rechts.

§ 76. Die gerichtliche Entscheidung wirkt als Ausfluß öffentlicher Macht, sie überwindet das Zivilrecht. Auch wenn sie unrichtig ist, bindet sie die Parteien; sie verändert daher in entsprechender Weise das strittige Rechtsverhältnis. Das ist einer der ersten Grundsätze des Prozeßrechts; frühere Rechte traten darum sehr streng gegen denjenigen auf, der sich der Entscheidung nicht unterwerfen wollte (S. 307). Das Gesagte gilt jedoch nur unter der Voraussetzung, daß nicht bestimmte trübende Einflüsse so in den Prozeß eingewirkt haben, daß eine Aufrechterhaltung des Urteils unserem sittlichen Bewußtsein widerspräche. So sehr der Staat die Festigkeit seiner Entscheidungen vertreten muß, so wenig darf er sich der sittlichen Kraft der Wahrheit entziehen, wenn diese durch unreine Elemente in einer Weise gebeugt wird, wie es das Gewissen des Volkes unerträglich findet. In diesem Falle muß der Staat dem durch das Urteil Betroffenen eine Gegenwirkung gewähren: das auf der sittlichen Grundlage des Staates aufgebaute Urteil gilt nur, soweit nicht höhere sittliche Anforderungen entgegenstehen.

Fälle, wo hiernach eine Gegenwirkung geboten ist, sind zwei:

1. der Fall eines Verbrechens im Prozeß, welches zu einer Fälschung des Ergebnisses führt: dies kann Urkundenfälschung, Verletzung der Eidespflicht (auch bloß fahrlässige) sein; es kann Prävarikation des Anwalts sein, Rechtsbeugung des Richters, Bestechung und ähnliches [1].

Vorausgesetzt ist, daß diese Verbrechen in einer das Gewissen des Volkes rührenden Weise, durch strafgerichtliches Urteil, festgesetzt sind; und nur, wenn das Strafverfahren aus prozessualen Gründen, z. B. wegen Todes oder Flucht des Täters, ausgeschlossen ist, kann diese Konstatierung entbehrt werden; sonst müßte der Staat ein Abwesenheitsverfahren einrichten, von dem man Abstand genommen hat (§§ 580, 581).

2. Ein zweiter Fall liegt nicht schon dann vor, wenn irgendein neues Beweismittel gefunden wird (was ja sehr unsicher und schwankend wäre) [2], sondern es muß eine neue Urkunde aufgefunden werden: bei diesem Sachverhalt würde es das sittliche Bewußtsein schwer verletzen, wenn der andere Teil sich auf sein formales Recht steifen wollte. Dem steht der Fall gleich, daß die Streitsache sich als eine bereits urteilsmäßig entschiedene herausstellt: dies ist kein Nichtigkeitsgrund, aber es kann Restitution verlangt werden, wenn es erst jetzt entdeckt wird. Endlich kommt der Fall in Betracht, daß durch strafgerichtliches Wiederaufnahmeverfahren ein strafrechtliches Urteil aufgehoben wird, welches tatsächlich dem zivilrechtlichen Urteil zugrunde liegt [3].

Die Gegenwirkung geschieht in diesen Fällen nicht durch die einfache Erklärung, sondern durch sogenannte Restitutionsklage, die innerhalb einer bestimmten Frist, nämlich innerhalb eines Monats von dem Momente an, wo die maßgebenden Umstände bekannt wurden, zu erheben ist; jedenfalls aber innerhalb fünf Jahren seit der Rechtskraft des Urteils. Die Klage

[1] Dieser Grund der Restitutionsklage ergibt sich von selbst. Manche Rechte nahmen sogar an, daß ein auf falsche Zeugenaussage gebautes Urteil nichtig sei: non valeat ipso jure; so Statuta Ferrariae 1534 p. 163. Vgl. auch § 6 badische ZPO.: „Jede richterliche Verfügung oder Entscheidung ist nichtig und zu allen Zeiten, ohne Rücksicht auf irgend eine Verjährung als nichtig anzufechten, wenn sie durch Zwang oder Machtgebote höherer Gewalt ihre Entstehung erhalten hat.“ Natürlich wäre in derartig politisch rauhen Zeiten überhaupt fraglich, ob ein solches Urteil noch ein gerichtliches Urteil wäre.

[2] Wenn man im Strafprozeß zugunsten der Verurteilten weitergeht, so sprechen dafür besondere Gründe.

[3] Wie, wenn jemand wegen Patentverletzung verurteilt ist und das Patent nachträglich als nichtig erklärt wird? Das Nichtigkeitsurteil ist eine neue Urkunde im Sinn des § 580 Z. 7 ZPO. Handb. des Patentrechts S. 871. Völlig verkehrt RG. 4. März 1901 Bd. 48 S. 384.

führt nicht zur bloßen Vernichtung, sondern zur Neuerledigung der Sache, so daß an Stelle des früheren Urteils ein anderes gesetzt; darum wird sie (ähnlich wie die Nichtigkeitsklage) nicht notwendig beim ersten Instanzgericht, sondern bei der Instanz erhoben werden, welche das entscheidende Urteil gesprochen hat; nur wenn das Gericht das Reichsgericht ist, erfolgt sie regelmäßig nicht bei diesem, sondern bei dem Berufungsgericht (§§ 584, 589 ff. ZPO.).

Aus dem Obigen geht hervor, daß einem durch Urteil widerrechtlich Geschädigten nicht in allen Fällen geholfen werden kann. Wenn also z. B. ein Verbrechen erst nach fünf Jahren entdeckt wird, so ist trotz des ungeheuren Konflikts zwischen der sichergestellten Wahrheit und der rechtskräftigen Entscheidung, trotzdem das Verbrechen etwa zur öffentlichen Verhandlung und Verurteilung gelangt, die Hilfe ausgeschlossen. Dasselbe kann eintreten, wenn etwa erst nach fünf Jahren eine neue Urkunde oder ein neues Urteil entdeckt wird. Es fragt sich, ob es hier an jeder Hilfe gebricht. Das ist zu verneinen. Allein die Hilfe kann hier niemals eine Restitutionsklage sein, welche notwendig — namentlich auch wegen ihres Rückschlags auf Dritte — an eine Frist gebunden sein muß, sondern lediglich eine zivilrechtliche Erstattungspflicht aus unerlaubter Handlung. Wenn die Beschuldigung des Verbrechens den Gegner selbst trifft, oder wenn ihm eine Teilnahme daran zur Last fällt, oder wenn er im Prozeß eine Urkunde hinterhalten und ihre Benutzung verhindert hat, dann ist gegen ihn eine Schadensersatzklage im Sinne der §§ 823 und 826 BGB. gegeben. Und der Schadensersatz besteht darin, daß er das ihm günstige Urteil nicht durchführen darf oder, was er etwa auf diesem Wege schon erlangt hat, zurückgeben muß (vgl. § 249 BGB.).

Bemerkenswert ist, daß die dreijährige Verjährung des § 852 BGB. hier zwar vielfach zutreffen wird, daß sie aber nicht hindert, einen Schadensersatzanspruch insoweit zu erheben, als der schuldige Teil durch die unerlaubte Handlung bereichert ist.

Diese von mir schon seit Jahren beschriebene Aushilfe [1] ist natürlich zuerst hart bekämpft, bald aber von der Praxis des Reichsgerichts erfaßt und hier in noch weiterer Form angewendet worden, als es in meinem Sinn lag [2]. Auch im Fall der Ehescheidung nimmt das Reichsgericht die Möglichkeit an, daß kraft einer actio doli zwar nicht die Ehescheidung rückgängig gemacht, aber der Arglistige zur Entschädigung verurteilt werden kann [3].

III. Entscheidungskraft und Gebietshoheit.

§ 77. Die das bürgerliche Recht überwindende Kraft des Urteils gilt im Bereich des Staatsgebietes, sie gilt nicht außerhalb desselben; denn sie ist eine Folge der Gerichtsbarkeit, also eine Folge der Staatshoheit, die auf das Inland beschränkt ist.

Daraus ergibt sich:

Eine Entscheidung über das außerhalb des Staatsgebietes befindliche Eigentum oder Immaterialrecht ist unwirksam. Bei der Entscheidung über Forderungsrechte gilt folgendes: Handelt es sich um eine Verpflichtung zu einem Nichttun, und ist dies ein Nichttun im Ausland und nur im Ausland, so daß ein Tun im Inland nicht in Betracht kommt, dann hat die Entscheidung gar keine Wirksamkeit: was im Ausland ist und geschieht, kann nicht in der Kontrolle des Inlands stehen; geht sie auf ein Nichttun im In- und Ausland, so wirkt sie nur, was das Nichttun im Inland betrifft [4].

Bezüglich der sonstigen Forderungsrechte aber ist zu sagen: das Urteil gilt; es gilt aber nur im inländischen Bereich.

Von dieser letzten Beschränkung aber kann es Ausnahmen geben: ein Urteil des Inlands über ein Forderungsrecht (das nicht auf ein ausländisches Nichttun geht) kann auch für das

[1] Ungehorsam und Vollstreckung S. 50 f. Man vgl. schon Genua (1567) II 8: duplum.

[2] Man vgl. hierüber meine Abhandl. in Grünhut XXXIII S. 563 und die hier zitierten Entscheidungen. So läßt das RG. auch dann eine actio doli zu, wenn jemand, nachdem er strafrechtlich abgewandelt und sodann durch Versäumungsurteil zivilrechtlich verurteilt worden war, nachträglich eine strafrechtliche Wiederaufnahme erwirkt hat; RG. 24. 10. 1911 Entsch. 77 S. 352.

[3] RG. 9. 2. 1911 Entsch. 75 S. 213.

[4] Gesammelte Beiträge S. 535 f., 559 f.

Ausland wirksam werden, wenn das Ausland die Wirksamkeit inländischer Urteile anerkennt, mit anderen Worten, wenn es die Wirkung der inländischen Gerichtsbarkeit in seinem Gebiet duldet. In gleichem Maße können auch Urteile des Auslands im Inland Wirksamkeit erlangen. Dies ist im allgemeinen Sache internationaler Vereinbarung und sollte Sache internationaler Vereinbarung bleiben, da stets im einzelnen Falle zu prüfen ist, ob die Gerichtsübung eines Landes sich so gestaltet hat, daß wir unsere Interessen schonungslos der Entscheidung des Auslands anheimstellen können. Die deutsche Zivilprozeßordnung aber gibt eine, allerdings recht verklausulierte allgemeine Bestimmung. Sie setzt vor allem Gegenseitigkeit voraus [1], verlangt sodann, daß Gerichte des Auslands nach dem Standpunkt des Inlands zuständig sind — eine Zuständigkeit, die in Verkehrssachen eine sehr weitgehende Ausdehnung erfährt, da in sehr vielen Fällen das Gericht durch sogenannte stillschweigende Prorogation zuständig sein wird; außerdem gelten Vorbehalte nach der Richtung, daß das Urteil nicht den guten Sitten und den Zwecken des inländischen Gesetzes widersprechen darf [2], und weitere Vorbehalte bestehen für Familienprozesse und für Versäumungsurteile —; in letzterem Falle wäre die Geltung des ausländischen Urteils besonders bedenklich, weil vielfach Versäumungsurteile gegen einen Auswärtigen ergeht, welcher von diesen gar keine Kenntnis erlangt, weil ihm niemals eine Ladung zugestellt wurde und das Urteil nur auf öffentliche Verkündung des Termins oder auf andere scheinhafte Bekanntgebungen hin erfolgt ist (§ 328 ZPO.).

Sind diese Bedingungen nicht erfüllt, so ist das Auslandsurteil für das Inland unwirksam; es ist unwirksam, gleichgültig, ob es verurteilend oder abweisend war; sind diese Bedingungen erfüllt, dann wirkt in beiden Fällen die Entscheidungskraft des Urteils auf das Inland, und wenn es verurteilt, so ist damit die Urteilsschuldverpflichtung gegeben. Allerdings hat damit das Urteil noch nicht den Charakter eines vollstreckbaren Titels; denn nicht jede Urteilsschuld ist darum auch vollstreckbar: vollstreckbarer Titel ist nur ein inländisches, die Urteilsschuld begründendes Urteil. Dies muß um so mehr gelten, als die Wirksamkeit des ausländischen Urteils im Inland von so heiklen Voraussetzungen abhängt, daß man ihre Prüfung unmöglich den Vollstreckungsorganen überlassen kann. Daher gilt der Grundsatz, daß selbst hier eine Vollstreckung im Inlande nur stattfinden kann, wenn die Voraussetzungen der Wirksamkeit des ausländischen Urteils im Inlande geprüft und durch ein inländisches Urteil festgesetzt worden ist, und nur aus diesem festsetzenden Urteile heraus: dieses bildet dann den Vollstreckungstitel (§§ 722 f. ZPO.). Werden im Ausland durch neues Gesetz die Verhältnisse so geordnet, daß die Gegenseitigkeit entsteht und dadurch die Voraussetzung für die Erstreckung des Judikats gegeben wird, so bezieht sich diese Änderung nur auf die künftigen, nicht auf die bereits vorhandenen Judikate [3].

Soweit im internationalen Verkehr die Rechtskraft wirkt, so weit wirkt die Rechtshängigkeit (RG. Bd. 49 S. 341).

Zweiter Abschnitt: Untersuchungsprozeß.

§ 78. Auch der Untersuchungsprozeß ist ein Rechtsverhältnis, aber nicht ein Rechtsverhältnis von Parteien untereinander, sondern ein Rechtsverhältnis, das der Staat als schützende Anstalt um eine oder mehrere Personen schlingt. Insofern ist er vergleichbar dem Strafprozeß, nur in seinem Zweck wesentlich verschieden.

Auch bei dem Untersuchungsprozeß kann ein Rechtsgeschäft als Entstehungsgrund erforderlich sein; so der Antrag im Entmündigungsverfahren (der aber unter Umständen auch vom Staatsanwalt gestellt werden kann, §§ 645, 646, 675, 680, 685 ZPO.), so der Antrag im Aufgebotsverfahren (§ 947), während das Verteilungsverfahren und das Prüfungs- und Ver-

[1] Damit ist gesagt, daß deutsche Urteile unter nicht erheblich schwereren Bedingungen im anderen Staat vollzogen werden (vgl. RG. 41 S. 424).

[2] Dies muß in weiterem Sinne gemeint sein; ein Urteil, welches die Frau A zum Konkubinat verurteilt, wäre natürlich gegen die guten Sitten; aber auch ein Urteil, welches die Frau zu einer Entschädigung verurteilt, weil sie nicht in das Konkubinatsverhältnis getreten ist. Viel zu eng und unhaltbar RG. 25. 10. 1909 Entsch. 72 S. 124.

[3] Vgl. meinen Aufsatz in der Juristenzeitung XIII S. 276 f.

gleichsverfahren im Konkursprozeß sich als Teile des Vollstreckungs- und Konkursverhältnisses diesem von selbst angliedern. Die Form des Antrags ist schriftliche Eingabe oder Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers (§§ 647, 947 ZPO.).

Auch hier ist ein Fortschreiten durch Rechtshandlungen gegeben, nur nicht durch Rechtshandlungen der Parteien, sondern der Beteiligten und des Gerichts. Auch hier haben die Tatsachen- und Beweisvorträge eine Bedeutung, auch sie sind Rechtshandlungen, denn Tatsachen und Beweise werden dadurch dem Richter zu Recht und zur Pflicht unterbreitet (vgl. §§ 653, 952, 968 ZPO.); und im Aufgebotsverfahren hat die Glaubhaftmachung eine besondere Bedeutung (§§ 952, 980, 985, 988, 1007), insbesondere auch die Versicherung an Eides Statt (§ 952 ZPO.). Weitere Rechtshandlungen der Parteien sind auch hier die Anträge, so der Antrag („Zustimmung"), den zu Entmündigenden in eine Heilanstalt zu verbringen (§ 656), so die den Beteiligten zustehenden Beschwerden (§§ 663, 680; 947 mit 567 ZPO.), so im Aufgebotsverfahren der Antrag auf das Ausschlußurteil (§§ 952, 954), auf Zahlungssperre (§ 1019); so der den Beteiligten zustehende Widerspruch im Verteilungsverfahren (§§ 876 f. ZPO., § 115 ZVG., § 158 KO.).

Rechtshandlungen des Gerichts sind auch hier vor allem Beweiserhebungen und Beschlüsse; Urteile gibt es in diesem Verfahren nicht (ausgenommen das Ausschlußurteil im Aufgebotverfahren).

Auch hier kommen Rechtslagen vor; so namentlich im Aufgebotsverfahren durch Ablauf der Aufgebotsfrist, so im Verteilungsverfahren durch widerspruchslosen Ablauf des Termins, im Konkursprüfungsverfahren durch Ablauf des Prüfungstermins und Eintragung in die Konkurstabelle (was Einfluß auf den Konkurs wie auf die Verhältnisse des Gantschuldners hat) usw.

Von Rechtsnachfolge in der Parteirolle kann, da es hier keine Parteien gibt, nicht die Rede sein, und eine Rechtsnachfolge in die Stellung der Beteiligten im Entmündigungsverfahren kann es nicht geben; dagegen im Verteilungsverfahren und im Aufgebotsverfahren: im Verteilungsverfahren gelten die Grundsätze der Zwangsvollstreckung, im Aufgebotsverfahren aber tritt die Rechtsnachfolge dann ein, wenn es sich um Vermögensrechte handelt; handelt es sich um Todeserklärung, dann kann an Stelle eines wegfallenden Antragstellers ein anderer Interessent nachfolgen, ebenso wie jeder andere Interessent n e b e n dem Antragsteller eintreten kann (§ 967 ZPO.).

Auch hier ist der Prozeß nichtig, wenn die Gerichtsbarkeit fehlt. Eine Nichtigkeitsklage dagegen gibt es hier nicht; was durch sie geltend zu machen wäre, ist in der Weise, in welcher man die Beschwerungen gegen die Beschlüsse vorbringt, geltend zu machen, wovon später noch die Rede ist (S. 403). Ebenso gibt es hier keine Restitutionsklage, sondern auch hier muß auf die angegebenen Mittel verwiesen werden; nur daß in beiden Fällen, sofern es sich um die sofortige Beschwerde handelt (§ 663 ZPO.), die Frist entsprechend verlängert werden kann (§ 577 ZPO.).

Viertes Buch.

Prozeß mit Verfahrensmehrheit.

I. Allgemeines.

§ 79. Es gibt Fälle, wo e i n Prozeß besteht, dieser aber in eine Mehrheit von besonderen Verfahrenseinheiten zerfällt; wovon jedes Verfahren eine gewisse Selbständigkeit hat, insbesondere auch eines Parteianstoßes bedarf.

Der 1. Fall ist der eines bedingten Urteils; ist dieses rechtskräftig, so ist das Verfahren zu Ende, nicht der Prozeß. Jetzt muß noch das Eidesverfahren in Gang gesetzt werden; der eine Teil muß den anderen zum Eidestermin laden, worauf der Eid geleistet oder verweigert und darüber verhandelt wird; Folge der Verhandlung ist das Läuterungsurteil, das das bedingte Urteil zu einem unbedingten macht.

Hier handelt es sich darum, eine urteilsmäßige a u f s c h i e b e n d e Bedingung zum Austrag zu bringen; dagegen gibt es zwei andere Fälle, wo eine gesetzliche a u f l ö s e n d e Bedingung die Sache in Schwebe hält und diese in einem künftigen Verfahren bereinigt wird:

2. den Fall des Vorbehaltsurteils,

3. den Fall des Rechtsmittels.

Ein teilweises neues Verfahren kann im Fall der Beschwerde stattfinden; jedoch pflegt sich das Beschwerdeverfahren nur auf einen einzelnen Punkt des Prozesses zu beziehen.

In allen diesen Fällen ist das Prozeßverhältnis eins und dasselbe, die Parteien des Parteiprozesses bleiben dieselben, die Grundsätze von der Rechtsnachfolge gelten auch hier, ebenso alle Grundsätze, welche sich an die Rechtshängigkeit und an die Einheit des Prozesses anknüpfen.

Eine Frage ist noch zu behandeln: ob die Grundsätze von der Einheit und Totalität des Versäumnisverfahrens (S. 285) auch hier zutreffen, so daß, wenn in einem späteren Verfahren ein Termin versäumt ist, der ganze Prozeß so behandelt wird, als wäre die Partei in keinem Termin des Prozesses, auch in keinem Termin des früheren Verfahrens erschienen.

Diese Frage ist für die drei bezeichneten Fälle nicht gleichheitlich zu lösen.

Im ersten Fall bleibt das bedingte Urteil in seiner positiven Gestalt bestehen; nur das Ausbleiben des Schwurpflichtigen kommt in Betracht, aber auch nur in der Art, daß der Eid als verweigert gilt, wobei jedoch die Möglichkeit des Nachholens gegeben ist (§§ 465 ff. ZPO.) [1].

Dies gilt auch noch in folgendem: Stirbt der Schwurpflichtige, so bleibt nichts anderes übrig, als über die im Eid befangene Tatsache neu zu verhandeln und nach etwaigen neuen Beweisen zu entscheiden. Aber auch hier dreht sich die Verhandlung nur um diesen einen Punkt, und das Versäumnisverfahren kann daher auch nur diesen treffen (§ 471 ZPO.).

Auch im dritten Fall wird die Säumnisfolge nicht rückwärts bezogen: das, was das erste Urteil an festgesetzten Tatsachen bringt, bleibt bestehen, und die Säumnis kann nur die Wirkung haben, daß bezüglich der im Berufungsverfahren neu gebrachten Tatsachen und Beweise die Säumnisfolgen eintreten, nicht aber bezüglich des bereits früher erledigten Prozeßstoffes [2]; und bleibt der Rechtsmitteleinleger aus, dann ist die Folge die, daß er mit dem Rechtsmittel abgewiesen wird (§ 542 ZPO.).

Im zweiten Fall aber tritt die rückwirkende Kraft der Säumnis in tunlichem Maße ein. Bleibt ein Teil im Nachverfahren aus, so wird volles Versäumnisurteil erlassen (§§ 540 f., 599 f. ZPO.). Dieses erleidet im Fall des Aufrechnungsvorbehaltes (§ 302 ZPO.) allerdings insofern eine Änderung, als das Nachverfahren sich auf die Aufrechnungseinrede oder Aufrechnungseinwendung beschränkt, mithin, wenn der Beklagte ausbleibt, diese Aufrechnungseinrede zurückgewiesen, wenn der Kläger nicht erscheint, sie als wirkungsvoll erkannt und die Klage infolge der Aufrechnungseinrede abgewiesen, die Aufrechnungsforderung also aufgezehrt wird. Ein gegenteiliges Verfahren wäre naturwidrig.

Der Unterschied zwischen dem zweiten und dem dritten Fall hängt damit zusammen, daß im zweiten Fall die Sache bei der gleichen Instanz bleibt, im dritten an die neue Instanz kommt; daher auch noch folgender Unterschied: die Klageänderung im zweiten Fall richtet sich nach den Regeln der betreffenden Instanz, während sie im dritten Fall nach den Regeln der höheren Instanz beschränkt ist (§§ 264, 527, 529 ZPO.). Doch muß auch hier die Besonderheit des Aufrechnungsvorbehaltes berücksichtigt werden.

Im übrigen ist nun über Fall 2 und 3 Näheres zu erörtern.

II. Vorbehaltsurteil.

§ 80. Vorbehaltsurteil [3] ist ein Urteil, welches eine Korrektur vorbehält, welches sich daher selbst bedingt. Ein solches Urteil zu fällen, ist dem Richter regelmäßig nicht gestattet; er kann zwar entscheiden, daß ein bedingtes Recht vorhanden ist, aber er soll nicht in bedingter Weise

[1] Eine Wortinterpretation möchte hier das Gegenteil annehmen, weil in § 465 f. von Verhandlung gesprochen wird. Aber dies ist nicht eine Verhandlung zur Sache (§ 330 f.), sondern nur eine Erörterung über die Folgen des geleisteten oder nichtgeleisteten Eides.

[2] Nach österr. ZPO. § 491 richtiger: das neue Vorbringen kann nach Ermessen des Gerichts als zugestanden oder als bestritten angesehen werden. Die ungarische ZPO. § 510 folgt dem deutschen Recht.

[3] Der Ausdruck wurde von mir bereits im Prozeß als Rechtsverhältnis (1888) gebraucht.

entscheiden, was Rechtens ist. Doch gibt es Fälle, wo das praktische Bedürfnis die Rechtsordnung dazu vermocht hat, dem Richter ein solches bedingtes Urteil zu gestatten oder selbst vorzuschreiben.

Der 1. Fall ist der des Urkundenprozesses. Hier wird, wie noch auszuführen, auf Grund eines unvollständigen Beweismaterials entschieden, wobei dem Beklagten das Vorbringen der nicht sofort beweislichen Einwendungen vorbehalten wird (§§ 598, 599 ZPO.). Der gemeine Prozeß hatte hier zwei Prozesse: in einem Prozeß wurde der Beklagte auf Grund des mangelhaften Materials verurteilt; in einem zweiten Prozeß aber wurde ihm eine Kondiktion gegeben, um das, auf was er verurteilt war, wiederzuerlangen: solve et repete: im zweiten Prozeß war der ursprüngliche Beklagte Kläger, der ursprüngliche Kläger Beklagter. Wir haben an Stelle dessen nur einen Prozeß, aber ein doppeltes Verfahren, indem die vorbehaltenen Einwendungen in ein Nachverfahren kommen, das zu einer Korrektur des Vorbehaltsurteils führen kann (§§ 599, 600 ZPO.); hier bleibt also der Kläger Kläger, der Beklagte Beklagter.

Diesem Fall sind andere nachgebildet, so 2. der Fall der Aufrechnung. Schon das gemeine Recht hatte sich die Schwierigkeit vor Augen gestellt, daß einer alsbald zu erweisenden Klage eine weitaussehende Kompensationseinrede entgegengestellt würde, wodurch dem Beklagten ein bequemes Mittel gegeben ist, den Prozeß in die Länge zu ziehen, da eine Aufrechnung auch mit einer nicht zusammenhängenden Forderung möglich ist. Dieser Schwierigkeit suchte man im gemeinen Prozeß durch Zerlegung in zwei Prozesse abzuhelfen. An Stelle dessen gilt bei uns die Einheit des Prozesses mit Vorbehaltsurteil und Nachverfahren [1]; dies tritt ein, sei es, daß die Aufrechnung als Einrede geltend gemacht wird, sei es, daß sie außergerichtlich vorgebracht und darauf eine prozessuale Einwendung gebaut wird; es tritt ein, sofern der Aufrechnungsanspruch nicht in Sachzusammenhang steht mit dem Klageanspruch, d. h. nicht aus demselben Rechtsverhältnis hervorgeht; in letzterem Fall wäre ein Vorbehaltsurteil nicht gestattet, sondern müßte alles zugleich erledigt werden (§ 302 ZPO.).

Ein 3. Fall ist gegeben im Berufungsverfahren, wenn Einwendungen (oder Einreden) wegen grob schuldhafter oder arglistiger Verspätung zurückgewiesen werden: sie sollen nicht endgültig verloren sein; da sie aber in einem etwaigen Revisionsverfahren nicht nachgebracht werden können, so wird das Urteil als Vorbehaltsurteil erlassen und wird dem mit der Einwendung Ausgeschlossenen durch Nachverfahren geholfen (§§ 279, 540 ZPO.).

Ein 4. Fall ist, wenn eine Aufrechnung in zweiter Instanz neu gebracht wird, die bereits in erster Instanz hätte gebracht werden können: hier wird sie (auf Antrag) zurückgewiesen, aber ein Nachverfahren gestattet (§ 529 ZPO.) [2].

Hebt das neue Urteil das alte auf, so ist die auflösende Bedingung eingetreten, und das auf Grund des alten Urteils Gezahlte erweist sich als zu unrecht gezahlt, der dem Beklagten zugefügte Schaden als objektiv widerrechtlich und zudem im Falle 1 und 2 durch voreiliges Begehren veranlaßt; daher Bereicherungs- und in diesen zwei Fällen Schadensersatzanspruch; über beides kann im Nachverfahren miterkannt werden, denn der Prozeß soll, was er zu Unrecht gebracht hat, selbst wieder aufgeben (§§ 302, 529, 541, 600 ZPO.); und zwar gelten hier, was den Bereicherungssatz betrifft, rechtsähnlich die Grundsätze des § 820 Abs. 1 BGB.

III. Rechtsmittel.

1. Allgemeines.

§ 81. Eine eigenartige Idee, die sich aber an verschiedenen Teilen der Erde entwickelt hat, ist die Idee der Rechtsmittel. Man erkennt die Irrtumsfähigkeit der Menschen an und damit auch die Irrtumsfähigkeit des Richters; und nicht nur dies, auch die Möglichkeit bösen Willens und absichtlicher Rechtsverkehrung: und man sucht sich in verschiedener Weise dagegen

[1] Dies war schon unter der früheren ZPO. anzunehmen, obgleich es ganz unrichtig bestritten worden ist; vgl. bereits „Prozeß als Rechtsverhältnis" S. 77 f., 135 f.; Zeitschr. f. Zivilprozeß XX, S. 1 f. Seit der ZPO. von 1898 ist kein Zweifel mehr.

[2] Noch andere Fälle können sich ergeben, wenn nach § 275, 304 ZPO. das Untergericht das Verfahren fortsetzt, trotzdem die Vorfrage in höherer Instanz schwebt. Kommt das Untergericht

zu helfen. Die Germanen bezichtigten die Schöffen des falschen Urteils und forderten ihn zum Zweikampf auf[1]. Im römischen Recht veranlaßte man die Tätigkeit des Tribunen oder eines interzessionsberechtigten Magistrats, und im Kaisertum rief man den Kaiser an. Im deutschen Recht ging allmählich die Urteilsschelte in die Berufung über[2]. Die Vereinigung deutschen und römischen Rechts vollzog sich vor allem im kanonischen Gerichtsrechte und dem Gerichtsrechte der italienischen Statuten[3], und aus ihm ist unser modernes Recht hervorgegangen.

Das Rechtsmittel geht, wie bereits ausgeführt, von dem Satze aus: die Entscheidungen des ersten Richters sind unter einer auflösenden Bedingung gegeben; die auflösende Bedingung tritt ein, wenn auf Grund eines Rechtsmittels eine neue Entscheidung des Obergerichts erfolgt, welche die untergerichtliche Entscheidung abändert. Die Abänderung hat nicht etwa den Charakter einer nachträglichen Zerstörung des vorhandenen Rechts: das alte Recht der untergerichtlichen Entscheidung löst sich auf kraft der eigenen auflösenden Bedingung: es löst sich darum auf mit rückwirkender Kraft, und was auf Grund dieser ersten Entscheidung erlangt ist, muß wieder rückgängig gemacht werden. So insbesondere, wenn infolge des ersten Urteils eine Vollstreckung stattgefunden hat und dieses erste Urteil nun zur Auflösung kommt. Nur durch die Rechtsfigur der Bedingung, und zwar der auflösenden Bedingung, läßt sich das ganze Rechtsmittelsystem begreifen[4].

Das Rechtsmittel macht geltend, daß das Gericht unrichtig entschieden hat; es ist daher vor allem gegen das Endurteil möglich; es kann auch zur Geltung bringen, daß das Gericht einen unrichtigen Beschluß erlassen hat. Das deutsche Recht von seinem Standpunkte aus ließ die Urteilsschelte gegen jeden richterlichen Beschluß zu; denn ihm fehlte der feste Gedanke der prozessualen Einheit (S. 303). Anders das römische Recht. Das Mittelalter hat sich dem germanischen Recht (durch Vermittlung des kanonischen) angeschlossen[5]; das neuzeitliche Recht ist zum römischen Satze zurückgekehrt: die regelmäßigen Rechtsmittel (Berufung, Revision) sind nur gegen das Endurteil zulässig. Doch gibt es Ausnahmen:

1. Das Zwischenurteil über eine sogenannte prozeßhindernde Einrede (Einwendung), also vor allem, wenn es sich um die Zuständigkeit oder Prozeßfähigkeit handelt, ist der Rechtsmittel fähig (§ 275 ZPO.)[6]; ebenso

2. das Zwischenurteil, welches das Vorhandensein einer Schadensersatzpflicht festsetzt, ohne ihre Höhe zu bezeichnen (§ 304 ZPO.).

Die Rechtsmittelinstanz bildet ein neues Verfahren in dem gleichen Prozeß; daraus geht hervor, daß das in der früheren Instanz Vorgetragene in der Rechtsmittelinstanz bestehen bleibt; es braucht nur, soweit nötig, dem Oberrichter unterbreitet zu werden: dies geschieht durch den Vortrag der Anwälte (§§ 526, 566 ZPO.).

---

zu einem Urteil, so kann dieses nur als Vorbehaltsurteil erfolgen, weil das Urteil höherer Instanz möglicherweise alles umstoßen kann.

[1] Indes hat schon im fränkischen Reichsrecht die Urteilsschelte (blasphematio judicii, so Cap. missor. in Theod. villa datum 805 c. 8) einen Berufungscharakter; sie war verschieden von der reclamatio ad regis sententiam, die auf Privileg beruhte; vgl. Seelmann, Rechtszug im alten deutschen Recht S. 148 f.

[2] Sehr deutlich läßt sich die Entwicklung des Gedinges (Urteilsschelte) zur Berufung im 15. Jahrh. in Bayern nachweisen.

[3] Über Berufung im italienischen Stadtrechte vgl. Como 1231 a. 233 (Mon. hist. patr. XVI p. 89), Rom 1363 I 52 u. a.

[4] Es ist daher eine ganz unrichtige Ausdrucksform, zu sagen: man ficht ein Urteil durch Rechtsmittel an, — als ob es anfechtbar wäre. Man kann sagen: ein solches Urteil wird angegriffen, aber nicht, es wird angefochten. Und nun gar die Verwirrung, wenn man zwischen dem nichtigen Urteil und dem durch Rechtsmittel aufgehobenen Urteil nicht zu unterscheiden vermag! In dieser Beziehung sind gegen meinen Prozeß als Rechtsverhältnis Einwendungen gemacht worden, auf die ich keine Lust habe einzugehen.

[5] Die italienischen Stadtrechte suchten vielfach durch Unterliegensstrafe (Sukkumbenzpön) die Berufung zu beschränken, z. B. Como 1231 a. 235 (Mon. hist. patr. XVI p. 89). Und so viele spätere Rechte.

[6] Eigentümlich ist es allerdings, daß die Einwendung der rechtshängigen Sache prozeßhindernd ist, nicht auch die Einwendung der entschiedenen Sache; und dieselbe Unstimmigkeit besteht bei dem Schiedsvertrag und dem darauf erfolgten Schiedsspruch: die Einwendung aus dem Schiedsvertrag ist prozeßhindernd, die Einwendung aus dem Schiedsspruch nicht! RG. 20. 5. 1910 JW. 39 S. 711.

Im übrigen kennt das moderne Recht vollkommene und unvollkommene Rechtsmittel. Entweder kann das zweite Gericht die Sache nach allen Seiten hin einer neuen Prüfung unterziehen, oder es ist nur befugt, Prozeß und Entscheidung nach gewisser Richtung hin auf Fehler zu prüfen. Letzteres ist eine gewisse Unnatur, die sich aber begreifen läßt, weil sonst die Obergerichte ihrer Aufgabe nicht gerecht werden könnten. Die Entscheidungen der Obergerichte sollen nicht nur für den gegenwärtigen Prozeß wirken, sondern auch für das Rechtsleben überhaupt; sie sollen eine gewisse Einheit in der Rechtsprechung herbeiführen und den Stand der Gerichtsjurisprudenz heben. Das wäre aber nicht möglich, wenn ein oberstes Gericht mit einem so umfassenden Gebiet wie das Reichsgericht die untergerichtlichen Entscheidungen nach allen Seiten hin nachzuprüfen hätte. Es wäre nicht nur eine unerträgliche Arbeitslast, es wäre zu gleicher Zeit eine außerordentliche Zersplitterung der Tätigkeit, bei welcher der andere Zweck, nämlich Einheit und wissenschaftliche Tiefe der Entscheidungen, verloren ginge.

Daher hat man zwischen Berufung und Revision unterschieden, welch letztere man früher auch als Nichtigkeitsbeschwerde, Kassation usw. zu charakterisieren suchte. Dabei ist das Beispiel Frankreichs nicht ohne Einfluß gewesen. In Frankreich hat der Kassationshof aus der Reminiszenz der Parlamente her eine besondere Stellung gewonnen. Schon die Parlamente waren mehr als Gerichte; sie waren ein Mittelding zwischen Richter und Gesetzgeber, und ihre Bedeutung war insbesondere auch die Aufsicht über die Rechtsprechung und die Wahrung einer richtigen Handhabung der Gesetze. Dies ist auf den Kassationshof übergegangen: er ist eigentlich kein Gericht; er ist ein Wächter des Gesetzes und hat, wo immer er eine Gesetzwidrigkeit findet, diese zu rügen und das Urteil zu vernichten. Hier hört das Urteil nicht auf kraft auflösender Bedingung, sondern es hört auf, weil eine höhere Staatsbehörde ihm seine Kraft nimmt. Daher hat z. B. der Kassationshof stets zu vernichten, wenn er eine Rechtsverletzung findet, auch wenn die Entscheidung völlig richtig wäre; dem Kassationshof ist es nicht um die Entscheidung des einzelnen Falles, sondern um die Aufrechterhaltung der richtigen Rechtsgrundsätze zu tun. Immerhin aber hat dieses Beispiel nachgewirkt und uns darin bestärkt, Rechtsmittel zu schaffen, bei denen nur ein Irrtum in den Rechtssätzen, nicht ein Irrtum in der tatsächlichen Beurteilung in Betracht kommt. Ein Irrtum in der tatsächlichen Beurteilung kann allerdings mittelbar einen Irrtum über einen Rechtssatz in sich fassen, dann nämlich, wenn die tatsächliche Beurteilung durch falsche Rechtssätze beeinflußt worden ist. Wenn z. B. das Gericht eine Tatsache nicht angenommen hat, weil es dem Zeugen nicht glaubte, so ist dies eine tatsächliche Beurteilung, denn bezüglich der Beweiskraft eines Zeugen gilt nichts weiter als die (tatsächliche) richterliche Überzeugung. Wenn dagegen das Gericht eine Tatsache deswegen nicht angenommen hat, weil sie nur ein Zeuge aussagte und der Richter geglaubt hat, daß kraft des Prozeßrechts eine Tatsache nur durch zwei Zeugen bestätigt werden könne, dann liegt ein Rechtsirrtum vor, als ob es keine freie Beweisprüfung gebe, und die Verwerfung der Tatsache, die der Zeuge aussagt, ist von falscher rechtlicher Auffassung geleitet. In solchem Falle ist es aber die zugrunde liegende falsche Rechtsauffassung, welche die Revision ermöglicht; denn eine falsche Rechtsauffassung ermöglicht die Revision, auch wenn sie nur mittelbar gewirkt hat, § 561 ZPO.

Eine mechanische Beschränkung der Rechtsmittel auf eine bestimmte Beschwerungssumme hatte das gemeine Recht entwickelt. Wir haben sie nicht für die Berufung (außer bei Gewerbegerichten, wo sie 100 Mark, und bei Kaufmannsgerichten, wo sie 300 Mark beträgt;) dagegen haben wir eine Revisionssumme, die früher 1500 Mark betrug, jetzt auf 4000 Mark erhöht worden ist. Doch gibt es auch hiervon einige Ausnahmen (§§ 546, 547 ZPO.). Bei der Beschwerde ist in einem besonderen Falle eine Beschwerdesumme von 50 Mark bestimmt (§ 568 ZPO.). Dagegen besteht der vielverbreitete Grundsatz einer vom Verlierenden zu zahlenden Unterliegungssumme (Sukkumbenzgeld) nicht.

Ein Rechtsmittel kann einlegen, wer möglicherweise beschwert ist, nicht also der, dessen Anträge vollständig obgesiegt haben, auch dann nicht, wenn er etwa das Rechtsmittel zur Erhöhung des Klagebegehrens benutzen wollte [1]. Ob allerdings das Urteil das Klagebegehren

[1] So richtig das RG. in vielen Entscheidungen (z. B. Bd. 45 S. 321). Das Gegenteil würde das Rechtsmittel in die Unnatur verkehren und zu einer Nachholungsinstanz machen. Eine Ausnahme gilt in Ehe- (und Familienanfechtungs)streitigkeiten; hier kann man ein Rechtsmittel einlegen,

vollständig deckt, ist sorgfältig zu erforschen; würde etwa die Ehe wegen Irrtums für nichtig erklärt, so wäre dies nicht so viel, wie wenn sie wegen Täuschung für nichtig erklärt würde [1]; daher kann hier der Kläger beschwert sein, obgleich seinem hauptsächlichen Antrag, die Ehe für nichtig zu erklären, entsprochen worden ist. Im übrigen ist es dem Beschwerten in das freie Belieben gestellt, das Rechtsmittel einzulegen oder nicht; er kann es auch bloß teilweise einlegen: dann darf das Gericht ihm etwas Weiteres nicht aufdrängen: das Rechtsmittelverfahren kann sich nicht weiter erstrecken, als er will (§§ 536, 559 ZPO.).

Auch beide Teile können ein Rechtsmittel einlegen, wenn das Urteil keinem Teil völlig recht gegeben hat. Dann sind die beiden Rechtsmittel selbständig.

Es kann aber auch, wenn der eine Teil das Rechtsmittel einlegt, der andere sich anschließen, d. h. erklären, er ließe es zwar von sich aus bei dem Urteil bewenden, wolle aber, da eine Abänderung zu seinen Ungunsten möglich ist, das vorbringen, was eine Abänderung zu seinen Gunsten herbeiführen könne. Der Anschließende ist von dem eingelegten Rechtsmittel abhängig; ist also beispielsweise das Rechtsmittel unzulässig eingelegt, so ist die Anschließung wirkungslos (§§ 521, 522, 556 ZPO.) [2].

Die Rechtsmittel müssen notwendig an gewisse Fristen gebunden sein. Dies war von jeher Rechtsgrundsatz; die deutsche Urteilsschelte mußte sofort geschehen, die römische appellatio in ganz kurzer Frist. Wir haben die Frist eines Monats, sowohl für Berufung als auch für Revision. Der Grund ist offensichtlich: die Aufgabe des Staates, durch das Urteil feste Zustände zu schaffen und Streitigkeiten zu heben, würde scheitern, wenn in ungemessenen Zeiten eine Rechtsmittelerhebung möglich wäre und auf solche Weise der ganze Apparat der Rechtspflege nur sehr schwankend und unbestimmt arbeiteten könnte.

Die Einlegung der Rechtsmittel hatte im gemeinen Recht große Umständlichkeiten: man mußte das Rechtsmittel zuerst bei dem Untergericht „interponieren", sodann mußte man sogenannte Apostel, d. h. Bescheinigung über die Einlegung, sodann Aktenabschrift, verlangen [3]; endlich mußte die Berufung bei dem Obergericht gerechtfertigt werden. Bei uns geschieht die Einlegung nicht bei dem Unter-, sondern bei dem Obergericht, durch Einreichung eines Schriftsatzes, mit der Erklärung, daß man das Rechtsmittel gegen das bestimmt bezeichnete Urteil erhebe (§§ 518, 553 ZPO.) [3]. Der Termin wird vom Obergericht von Amts wegen bestimmt und ist „den Parteien bekannt zu geben" (§§ 520, 555 ZPO.) [4]. Besonderes gilt noch von der Revision.

Die Rechtsmitteleinlegung kann auch durch einen Nebenintervenienten geschehen, und die Intervention, die bisher unterlassen wurde, kann dadurch erfolgen, daß der Intervenient das Rechtsmittel einlegt. Dies hat neuerdings einige Schwierigkeit verursacht. Früher nämlich wurde die Berufung durch Zustellung eines Schriftsatzes eingelegt, und da die Nebenintervention auch durch Zustellung eines Schriftsatzes geschieht (§ 70), so war hier vollkommene Übereinstimmung vorhanden. Durch die Novelle ist die Änderung eingetreten, daß die Berufung nicht durch Zustellung, sondern durch Einreichung eines Schriftsatzes erfolgt, wobei dann das Gericht einen Termin ansetzen, ihn beiden Teilen bekannt machen und die Rechtsmittelschrift dem Gegner mitteilen soll. Damit wurde die formelle Übereinstimmung gebrochen. Alsbald nach diesen Änderungen haben darum manche behauptet, daß nunmehr die Intervenienten nicht mehr in dieser Weise in den Prozeß eintreten könnten, da für das Rechtsmittel Einreichung eines Schriftsatzes, für die Intervention aber Zustellung eines Schriftsatzes erforderlich wäre. Das Reichsgericht hat mit Recht dieser Formalargumentation sofort ein Ende gemacht;

um, nachdem im Urteil die Ehe geschieden worden ist, im Rechtsmittelverfahren die Klage zurückzunehmen und die Ehe bestehen zu lassen, RG. 19. 11. 1910 und 18. 5. 1911 JW. 40 S. 155, 655.

[1] RG. 18. 1. 1912 JW. 41 S. 393.

[2] Die Anschließung des § 522 Abs. 2 ZPO. innerhalb der Berufungsfrist ist keine Anschließung, sondern eine selbständige Berufung; die Erklärung: „ich schließe mich der Berufung an" gilt als Erklärung: „ich lege die Berufung gleichfalls ein".

[3] Noch im Jahre 1735 (21. Februar) mußte eine sächsische VO. bestimmen, daß die Appellation aufrechterhalten werden solle, wenn der berufende Teil in der Schedula appellationis einfach um Apostel gebeten, die Worte instanter et saepius ausgelassen, auch die Bitte nicht in Monatsfrist wiederholt hatte!

[4] Die Bekanntgebung eines Offizialtermins ersetzt die „Ladung".

natürlich muß eine Einreichung eines Schriftsatzes und eine sich daran anschließende Mitteilung an den Gegner durch das Gericht einer Zustellung des Schriftsatzes gleichkommen; sie ist ein volles Äquivalent, und mithin hat die Intervention auf diesem Wege vollständige Bewegungsfreiheit[1]. Wann wird einmal der Formalismus im Prozeß aufhören!

2. Berufung.

§ 82. Die Berufung bewirkt eine vollständige Instanz, d. h. sie gestattet dem Richter eine vollständige Nachprüfung nach aller und jeder Richtung hin. Die Nachprüfung bezieht sich daher nicht bloß auf die Frage, ob die Rechtssätze unrichtig angewendet worden sind, sondern auch auf die Frage, ob die Verstandestätigkeit des Richters, welche zur Überzeugungsbildung führt, ein richtiges oder unrichtiges Ergebnis gezeitigt hat. Da diese Verstandestätigkeit nicht durch Rechtsregeln bestimmt ist, so kann es sich hier nur um einen sogenannten tatsächlichen, nicht um einen Rechtsirrtum handeln; aber auch dieser tatsächliche Irrtum kann in der Berufungsinstanz seine Besserung und Klärung finden.

Namentlich aber haben die Parteien in der Berufungsinstanz dasjenige, was man das Neuheitsrecht nennt: das sogenannte ius novorum; denn es handelt sich hier nicht etwa bloß darum, das alte Urteil von seinem Standpunkt aus zu verbessern, sondern die Aufgabe ist, an Stelle des unrichtigen Urteils ein richtiges zu setzen, auch dann, wenn das alte Urteil vom Standpunkte seiner Tatsachen- und Beweisgrundlage aus richtig war. Es kann daher in der Berufungsinstanz auch diese Grundlage geändert und eine neue Urteilsbasis geschaffen werden.

Unsere Zivilprozeßordnung hat ein vollständiges Neuheitsrecht gewährt, ein Neuheitsrecht ohne die Notwendigkeit besonderer Rechtfertigung. Das gemeine Recht verlangte einen sogenannten Noven- oder Neuheitseid, der später allerdings dahin ermäßigt wurde, daß es genügte, zu schwören, daß man das nicht Vorgebrachte nicht als dienlich erachtet habe. Auch die österreichische Zivilprozeßordnung (§ 482) hat das Neuheitsrecht beschränkt, während die ungarische ZPO. § 498 sich richtiger dem deutschen Recht angeschlossen hat.

Nach unserem Recht ist nur das Vorbringen neuer Ansprüche ausgeschlossen; doch auch dies nicht unbedingt: man kann heutzutage sogar eine Klageänderung, ja sogar eine Widerklage in zweiter Instanz bringen, sofern der andere Teil einwilligt oder nicht widerspricht (§§ 527, 529, 269 ZPO.)[2]. Früher bestand auch eine Beschränkung in bezug auf die Aufrechnungseinrede; auch diese Schranke ist bei uns im großen ganzen gefallen (vgl. S. 353).

Da der Berufungsinstanz ein vollständiges Material zugrunde liegt, so hat sie regelrecht den Prozeß zu Ende zu führen und nicht etwa bloß eine negative Entscheidung zu erlassen unter Zurückverweisung der Sache zu nochmaliger positiver Erledigung. Nur scheinbar ist eine Ausnahme gegeben, wenn es sich um die Berufung gegen ein Zwischenurteil handelt, in welchem Falle die Weiterführung des Prozesses in gebührender Weise dem Untergericht obliegt; ebenso wenn es sich um ein prozessuales Endurteil handelt, das durch Entscheidung des Berufungsgerichts in ein Zwischenurteil verwandelt wird, z. B. wenn das Urteil erster Instanz wegen Unzuständigkeit zu einer absolutio ab instantia (Abstandsentscheidung) gelangte, während das Berufungsgericht die Zuständigkeit für gegeben erachtet[3].

Wahrer Ausnahmen gibt es nur zwei:

1. wenn das Erstinstanzgericht wesentliche Verfahrensmängel beging, so *kann* das Berufungsgericht das Verfahren (von dem Stadium der Fehlerhaftigkeit an) aufheben und die Sache zurückverweisen (§ 539 ZPO.);

[1] RG. 12. 4. 1911 Entsch. 76 S. 167.

[2] Anders die ungarische ZPO. § 494, welche hierin dem früheren deutschen Rechte folgt.

[3] Über diese einfache Lappalie mußte ein Urteil der Vereinigten Senate des RG. ergehen, 19. 10. 1908 Entsch. 70 S. 180. Wie, wenn im Reassumtionsprozeß über den erbrechtlichen Eintritt in den Prozeß entschieden worden ist und das Berufungsgericht zu einer anderen Entscheidung kommt? Z. B. die erste Instanz hat die Beerbung verneint, die zweite bejaht sie. Die ungarische ZPO. § 506 verweist in solchem Fall die Sache zu weiterer Verhandlung an die erste Instanz zurück, was auch sehr zu loben ist; denn in der Hauptfrage ist noch gar keine Entscheidung erfolgt.

2. wenn das Erstinstanzgericht den Schadensersatzanspruch abweist, während das Berufungsgericht ihn für begründet erachtet, so muß das Berufungsgericht aufheben und die Sache wegen Ermittlung der Höhe der Schadensersatzpflicht zurückverweisen (§ 538 Z. 3 ZPO.). Man will nicht, daß die ganze Schadensliquidation mit all ihrem tatsächlichen Kleinkram dem Obergericht aufgebürdet wird.

3. Revision.

§ 83. Die Revision kann mit Erfolg nur geltend gemacht werden, wenn die Verletzung einer sogenannten Rechtsnorm stattgefunden hat. Diese Verletzung aber kann nach den zwei verschiedenen Seiten der Richtertätigkeit hin erfolgen. Der Richter hat 1. den Prozeß zu führen, damit im Prozeß sich das nötige Material ergibt und die Grundlagen für das Urteil gebaut werden; das Gericht hat sodann 2. die Endentscheidung zu geben. Nach beiden Richtungen können Rechtsgrundsätze verletzt werden; im ersteren Falle durch unrichtiges prozessuales Handeln; hier gilt nun der Grundsatz: nicht jeder prozessuale Fehler rechtfertigt den Revisionsangriff, sondern nur ein solcher, der entweder die Grundlagen des Prozesses antastet und gegen die Grundsätze verstößt, welche unsere Kulturordnung für die Entwicklung der Rechtsstreitigkeiten als unentbehrlich erachtet (näher bestimmt in § 551 ZPO.), oder ein solcher, bei dem die Möglichkeit besteht, daß der prozessuale Fehler auf die Entscheidung einwirkt: in diesem Falle ist der prozessuale Fehler möglicherweise die Ursache einer Unrichtigkeit der Entscheidung, denn die Bestimmungen der Prozeßordnung sollen gerade eine Sicherheit sein für eine richtige, sachgemäße Erledigung der Sache.

Ist dagegen der Fehler weder nach der einen noch nach der anderen Seite bedeutsam, dann wird über ihn hinweggegangen; denn der Prozeß ist nicht Selbstzweck, sondern er hat nur ein gerechtes Ergebnis herbeizuführen.

Außerdem kommen die geheilten Fehler nicht in Betracht; geheilt wird ein jeder nicht grundsätzliche Fehler, wenn er nicht im nächsten Termin gerügt wird, so z. B. wenn ein Zeuge nicht vereidigt oder eine Partei zu einem Termin nicht zugezogen worden ist (§§ 295, 530, 558 ZPO.) [1].

Bei der Urteilsfindung handelt es sich um Feststetzung dessen, was Recht ist; diesem geht voraus die Feststetzung dessen, was tatsächlich ist: aus der Tatsache ergibt sich in direkter und indirekter Folge das subjektive Recht mit seinen verschiedenen Beziehungen. Die tatsächliche Prüfung erfolgt nach den Regeln der allgemein menschlichen Sachkunde. Auf sie erstreckt sich daher das Revisionsverfahren nicht; es müßte denn eine unrichtige Rechtsauffassung mit hineingespielt haben: das wäre aber dann ein Irrtum im Verfahren, § 561 ZPO. Die rechtliche Prüfung aber unterliegt den juristischen Grundsätzen; sie kann juristisch richtig oder falsch sein: auf sie bezieht sich daher die Prüfung des Revisionsgerichts.

Unsere deutsche ZPO. hat im Gegensatz zur StrPO. noch eine besondere Beschränkung eingeführt, indem sie bestimmte, daß bei der Prüfung über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der rechtlichen Erwägungen nur sogenannte revisible Rechtsnormen in Betracht kommen sollen (§ 549 ZPO.), d. h. nur Reichsrecht und solches Recht, welches seiner Ausdehnung halber ähnlich wie das Reichsrecht behandelt wird: nämlich solches Landesrecht, welches im Bezirk des Oberlandesgerichts gilt und darüber hinaus in einem anderen Staate oder in einer anderen preußischen Provinz; oder welches durch spezielle Verordnung einem solchen Rechte gleichgestellt ist (V.O. und Bekanntmachung v. 28. April 1879, 11. März 1880). Diese Bestimmung hat große Bedenken; sie beruht allerdings auf der Erwägung, daß das Reichsgericht nicht in der Lage sein wird, alles Partikularrecht mit der gleichen Gründlichkeit zu beherrschen. Auf der anderen Seite ist der Satz, daß nur solches Recht in Betracht komme, welches im Bezirk des Oberlandesgerichts gilt, unbegründet, denn damit ist alles ausländische Recht von selber ausgeschlossen, und das ist ein Mangel; gerade wenn ausländisches Recht in Frage steht, ist die Hilfe des Reichsgerichts am allernötigsten.

[1] RG. XII 436. Oder wenn der Eid gegen die Bestimmungen der ZPO. abgenommen wurde, RG. III 365, RG. 27. 5. 1911 Entsch. 76 S. 327, oder wenn ein Anspruch oder Antrag nicht verlesen und doch berücksichtigt worden ist, vgl. aber auch RG. 23. 12. 1904 Entsch. 59 S. 397.

Die Frage, ob und welche Fehler vorliegen, wurde früher der freien Untersuchung des Reichsgerichts überlassen. Sie ist es jetzt noch, was den error in judicando betrifft; dagegen können errores in procedendo nur berücksichtigt werden, wenn sie in der Revisionsbegründung oder Revisionsanschließung bezeichnet worden sind; darum hat der Revisionseinleger unter allen Umständen innerhalb einer (richterlich) erstreckbaren) Revisionsbegründungsfrist von einem Monat (seit Ablauf der Revisionsfrist) eine Revisionsbegründungsschrift einzureichen, und in der gleichen Frist muß eine etwaige Revisionsanschließung erfolgen. Nur die in diesen Schriften angegebenen errores in procedendo sind zu berücksichtigen, während in bezug auf die errores in judicando das Gericht nicht beschränkt ist und einen error berücksichtigen kann, den der Revisionseinleger gar nicht bezeichnet hat. Die Begründungsschrift muß außerdem die Revisionsanträge enthalten, d. h. die Erklärung, inwieweit das Urteil abgeändert werden soll, ob ganz oder teilweise (§§ 554, 556, 559, 561).

Liegt ein nach obigen Grundsätzen entscheidender Fehler in der Prozeßführung vor, so muß man natürlich aufheben und die Sache zurückverweisen, und zwar wird nicht nur das Urteil aufgehoben, sondern auch das Verfahren, soweit es von diesem Mangel betroffen wird, also möglicherweise nur das Verfahren von einem bestimmten Zeitpunkte an. Handelt es sich aber um einen Irrtum in der Entscheidung, dann kommt in Betracht, daß das Reichsgericht nicht eine staatliche Vernichtungsbehörde, sondern selbst ein entscheidendes Gericht ist; und wenn es daher in der Lage ist, ein positives Urteil in der Sache zu geben, so hat es dies zu tun, und die Zurückverweisung fällt weg; was auch sehr praktisch ist, denn dadurch werden Mühe und Kosten erspart. So kann es insbesondere auch geschehen, daß das Reichsgericht trotz der falschen Rechtsauffassung des vorigen Gerichts zu der nämlichen Entscheidung kommt und somit die Entscheidung bestätigt, weil sie durch andere, vom Untergericht nicht geltend gemachte Gründe gedeckt ist. Ist dies nicht der Fall, und ist das Reichsgericht infolge mangelnder tatsächlicher Feststellung nicht in der Lage, ein Urteil zu geben, so erfolgt Aufhebung und Zurückverweisung: die Zurückverweisung geschieht in Deutschland nicht an ein anderes Gericht, sondern an dasselbe Oberlandesgericht; doch kann sie an einen anderen Senat desselben Gerichts erfolgen.

Mit der Aufhebung und Zurückverweisung entsteht eine prozessuale Rechtslage in der Art, daß die Aufstellung der vom Reichsgericht für richtig erklärten Norm, mag nun diese Aufstellung selber richtig oder irrig sein, für den bestimmten Prozeß maßgebend wird. Das Untergericht und, wenn die Sache an das Reichsgericht zurückkommt, auch das Reichsgericht muß daher in *diesem* Prozeß davon ausgehen, daß die Sache endgültig in eine bestimmte Rechtslage gekommen ist. Wenn mithin das Untergericht an diese Meinung des Reichsgerichts gebunden ist, so ist dies kein Gewissenszwang; denn das Untergericht entscheidet den Rechtsstreit nach dieser Meinung, nicht weil es die vom Reichsgericht angenommene Rechtsauffassung für die richtige hält, sondern weil der Prozeß in eine derartig gestaltete prozessuale Lage gekommen ist und der Richter natürlich den Prozeß in der Lage, in der er sich befindet, zum Gegenstand urteilsmäßiger Abwandlung zu machen hat (§§ 563—565 ZPO.). Daher können auch neu aufgefundene Rechtsquellen ebensowenig hier berücksichtigt werden wie überhaupt nach rechtskräftiger Entscheidung [1].

4. Beschwerde.

§ 84. Die Beschwerde setzt nicht den Schluß des Prozesses voraus; sie durchkreuzt den Prozeß und führt zu einem besonderen Verfahren, aber regelrecht zu einem Einzelverfahren über einen besonderen Punkt. Die der Beschwerde unterliegende Entscheidung kann ein Zwischenurteil (ein Zwischenurteil mit Rücksicht auf Dritte: ein Zwischenurteil über Nebenintervention oder über Zeugnisverweigerung) sein (§§ 71, 387 ZPO.), auch ein Zwischenurteil nach § 135, oder auch ein Endurteil, dies im Fall des § 99 Abs. 3 ZPO.; meist aber handelt es sich um einen Beschluß, dessen Aufhebung oder Änderung in der Beschwerde begehrt wird. Insofern entspricht die Beschwerde der Urteilsschelte und der Berufung gegen Zwischenurteile im kanonischen Recht. Sie unterscheidet sich aber von der Berufung in der Form und das

[1] RG. 3. 5. 1911 Entsch. 76 S. 189.

durch, daß sie den weiteren Gang des Prozesses nicht hemmt; es müßte denn sein, daß von seiten des Unter- oder Obergerichts eine solche Hemmung angeordnet wird; nur in wenigen Fällen hat sie an sich aufschiebende Wirkung (§ 572 ZPO.). Auch ist das Verfahren ein abgekürztes; es findet regelmäßig kein mündlicher Termin statt, und wenn ein solcher stattfindet, so hat er bloß belehrenden, nicht rechtsgeschäftlichen Charakter (§ 573 ZPO.). Vgl. S. 287 f.

Gegen die Beschwerdeentscheidung kann möglicherweise eine weitere Beschwerde stattfinden; jedoch hat man im allgemeinen den Grundsatz festgehalten, daß, wenn zwei Entscheidungen im nämlichen Sinne ergangen sind (die Entscheidung des ersten Gerichts und des Beschwerdegerichts), eine weitere Beschwerde ausgeschlossen ist[1]; denn wenn die beiden Gerichte übereinstimmen, so hat die Entscheidung die Vermutung der Richtigkeit für sich.

Früher war das Beschwerderecht in ganz ungemessener Weise ausgedehnt; die Novellen haben einige Beschränkungen eingeführt, namentlich in der Art, daß gegen Entscheidungen des OLG. keine Beschwerde zulässig ist; haben solche Beschwerden doch das Reichsgericht seinerzeit außerordentlich überlastet und mit vielem Kleinkram überbürdet, § 567 ZPO.

In den meisten Fällen unterliegt das Beschwerderecht keiner Frist; man bedarf ihrer nicht: denn der Beschwerdeführer wird an und für sich Grund genug haben, die Beschwerde so bald als möglich zu erheben, weil sonst das Verfahren weitergeht und er mit seiner Beschwerde „überholt" ist; denn ist das Urteil gesprochen, so hat die Beschwerde keine Bedeutung mehr, weil der Richter das Urteil doch nicht mehr ändern kann, auch wenn er seine Fehlerhaftigkeit einsieht. In gewissen Fällen aber besteht ein wesentliches Interesse, daß die Beschwerde so bald als möglich angebracht wird; man nennt sie dann sofortige Beschwerde und bindet sie an eine Notfrist von zwei Wochen. Dies gilt namentlich von den Beschwerden im Vollstreckungsverfahren, wo kein Endurteil im Hintergrunde steht, eine Überholung nicht stattfindet und daher sonst eine Beschwerde ins unendliche hinein möglich wäre. Die zweiwöchige Frist kann eine Erstreckung erfahren: die sofortige Beschwerde kann mit Rücksicht auf ihre Begründung die Bedeutung einer Nichtigkeits- oder Restitutionsklage haben; dann wird die Frist nach Maßgabe dieser (also jedenfalls auf einen Monat) erhöht (§§ 577, 586 ZPO.).

Besondere Bedeutung hat die Beschwerde im Untersuchungsverfahren, wo es keine Berufung und keine Revision gibt (§§ 663, 680, 947, vgl. 567 ZPO.).

5. Einspruch.

§ 85. Wie die Rechtsmittel, so beruht auch der Einspruch auf der auflösenden Bedingung des Urteils. Regelrecht ist nämlich jedes Versäumnisurteil in der Art bedingt, daß es durch ein zweites Urteil wieder aufgehoben werden kann, welches auf Grund einer zweiseitigen Verhandlung erfolgt. Der Unterschied von den eigentlichen Rechtsmitteln besteht nur darin, daß der Einspruch die Sache an das nämliche Gericht, nicht, wie das Rechtsmittel, an ein höheres bringt.

Die Einrichtung stammt aus dem deutschen Recht: es ist ein alter, namentlich in Frankreich lange beibehaltener Grundsatz, daß die einmalige Versäumnis noch nicht zu einem endgültigen Eingreifen gegen den Säumigen führt, sondern erst die dritte oder gar erst die vierte Versäumnis[2]. Daraus hat sich im französischen Recht folgendes System entwickelt: die erste Versäumnis führt zu einem einstweiligen (auflösend bedingten) Ergebnis, das kraft dieser Bedingung beseitigt werden kann, indem ein zweiter Termin begehrt wird. Und dieses altgermanische System ist wieder nach Deutschland übergegangen, wo bis dahin das römische System gegolten hatte: hier war nur gegen eine schuldhafte Versäumnis eine Hilfe, die Wieder-

[1] Der § 568 ZPO. verlangt zur weiteren Beschwerde einen neuen selbständigen Beschwerdegrund, der bei sententiae pares nicht vorhanden zu sein pflegt. Immerhin ist im Gesetz der Gedanke in wenig erfreulicher Weise ausgedrückt.

[2] Dies hing mit den Volksgerichten zusammen. Die Klage wurde im Volksding erhoben. War der Beklagte nicht anwesend, so konnte man ihn nicht schon wegen der ersten Abwesenheit aburteilen. Im übrigen vgl. Ungehorsam und Vollstreckung, S. 78 f. Nach dem Stile de Bourbonnais von 1521 (bei Auroux de Pommiers, Cout. de Bourb. II p. 1 f.) war je nach Wichtigkeit der Sache bald die erste, bald die zweite, bald die dritte Säumnis maßgebend.

einsetzung, möglich gewesen. Das Mittel, um die auflösende Bedingung zur Geltung zu bringen, ist die „Opposition", welche man in Deutschland „Einspruch" nennt. Wird ein solcher nicht eingelegt, dann bedarf es nicht etwa eines zweiten oder dritten Versäumnisurteils, sondern die auflösende Bedingung hört auf, und das erste Versäumnisurteil wird unbedingt. Natürlich muß der Einspruch ganz ähnlich wie ein Rechtsmittel an eine Form und Frist gebunden sein, denn der Prozeß drängt nach baldigem, endgültigem Abschluß. Die Frist ist in Deutschland, abgesehen vom amtsgerichtlichen Verfahren [1], zwei Wochen, kann aber auf eine längere, richterlich bestimmte Frist erstreckt werden, sobald das Versäumnisurteil im Auslande oder durch öffentliche Verkündung zugestellt wird, weil in diesem Falle die Wahrung der zweiwöchigen Frist vielfach gar nicht möglich ist. Eingelegt wird der Einspruch durch Einreichung eines Schriftsatzes unter Bezeichnung des Versäumnisurteils und Erklärung, daß der Einspruch erhoben wird (§ 339 ZPO.)

Fraglich ist es, ob man neben dem Einspruch auch noch die ordentlichen Rechtsmittel zulassen soll; dies hat unsere ZPO. verneint, während es in Frankreich bejaht wird. Man hat es bei uns mit Recht für genügend erachtet, ein Hilfsmittel, den Einspruch, zu gewähren. Und nur, wenn ausnahmsweise gegen ein Versäumnisurteil der Einspruch nicht erhoben werden darf, kann es zur Berufung kommen; sonst ist die Berufung unzulässig (§ 513 ZPO.).

Aus dem Gesagten ergibt es sich, daß, wenn der Einspruch nicht erhoben wird, das Versäumnisurteil zum unbedingten wird. Indes genügt der Einspruch allein nicht, um die auflösende Bedingung zur Geltung zu bringen. Auch nach Erhebung des Einspruchs bleibt die Möglichkeit, daß das Versäumnisurteil zum unbedingten Urteil wird, für den Fall nämlich, daß 1. der Einsprechende den Einspruchstermin versäumt, und 2. für den Fall, daß er zwar erscheint, daß aber das auf Grund des nunmehrigen Verfahrens ergehende Urteil mit dem Versäumnisurteil übereinstimmt. Auch in diesem letzteren Falle wird das Versäumnisurteil bestätigt, d. h. die auflösende Bedingung tritt nicht ein [2].

Bleibt der Einsprechende im Termin aus, so ist die auflösende Bedingung nicht eingetreten, sie kann nicht mehr eintreten, das Urteil wird endgültig. Man spricht hier von einem zweiten, strengen Versäumnisurteil, welches diese Endgültigkeit bestätigt; ein solches unterliegt daher keinem Einspruche mehr (§ 345 ZPO.). Doch tritt eine Besonderheit dann ein, wenn der Säumige durch höhere Gewalt verhindert ist: weiß dies der Richter, so soll er ein strenges Versäumnisurteil nicht erlassen (§ 337 ZPO.); wird ein solches erlassen, so ist es mit einer auflösenden Bedingung belastet: es kann in Berufung gezogen werden, und wenn die Berufungsinstanz die höhere Gewalt anerkennt, so wird es kraft Urteils des Berufungsgerichts aufgehoben; und dasselbe wäre der Fall, wenn der Einspruchseinleger wirklich erschienen, aber unbeachtet geblieben und daher zu Unrecht für säumig erklärt worden wäre (§§ 513, 538 Z. 5 ZPO.).

Ist der Einsprechende im Einspruchstermin erschienen, so läuft das Verfahren als zweiseitiges Verfahren weiter; möglicherweise geht im Einspruchstermin das Verfahren zu Ende, möglicherweise auch nicht: dann wird ein Termin zur Fortsetzung des Verfahrens angesetzt; und hier kann eine neue Versäumnis eintreten und ein neues gewöhnliches Versäumnisurteil mit der Möglichkeit eines neuen Einspruchs. Es wird aber ein solches neues Versäumnisurteil von Amts wegen für vollstreckbar erklärt und dadurch dem Säumigen der Ernst der Sache vor Augen gestellt, wodurch ein frivoles Spiel verhütet werden soll (§ 708 Z. 3 ZPO.). Trotzdem ist die Milde des Gesetzes viel zu groß. Viel richtiger die ungarische ZPO., welche hier nur eine allenfallsige in integrum restitutio gibt.

6. Sonstige Hilfsmittel, Anschlußprozeß.

§ 86. Von den Rechtsmitteln verschieden und mit dem Einspruch verwandt ist der Widerspruch, d. h. eine Rechtshandlung, welche eine gründlichere Behandlung der Sache bei dem-

[1] Im amtsgerichtlichen Verfahren eine Woche, § 508 ZPO., bei Gewerbe- und Kaufmannsgerichten drei Tage, § 40 GewGG., § 16 KaufGG.

[2] Es ist nicht etwa so, als ob das Versäumnisurteil aufgehoben würde und ein anderes Urteil gleichen Inhalts an seine Stelle träte; das Versäumnisurteil bleibt mit seinem ursprünglichen Datum bestehen.

ſelben Gerichte verlangt. So der Widerſpruch im Verteilungsverfahren (§ 876 ZPO.), der Widerſpruch im Mahnverfahren (§ 694 ZPO.), der Widerſpruch gegen den Arreſtbefehl (§ 924 ZPO.).

In manchen Fällen kann durch eine beſondere Klage geltend gemacht werden, daß eine Entſcheidung abzuändern iſt. Dies iſt insbeſondere der Fall im Unterſuchungsverfahren, wo durch eine ſolche Klage die Sache in ein Parteiverfahren, oft mit künſtlicher Parteibildung, übergeführt werden kann; ſo im Entmündigungsprozeß (§§ 664, 679, 684, 686 ZPO.), ſo im Aufgebotverfahren (§§ 947, 973 ZPO.), ſo im Fall des Widerſpruchs im Verteilungsverfahren (§ 879 ZPO.), im Fall des Widerſpruchs im Konkursverfahren (§§ 144, 146 KO.). In allen dieſen Fällen handelt es ſich um einen neuen Prozeß, der allerdings die Funktion hat, Irrungen des alten Prozeſſes zu beſeitigen; man ſpricht hier vom Anſchlußprozeß: ein neuer Prozeß, der ſich an den alten anſchließt, als wäre er ein Stück von ihm.

Fünftes Buch.

Mehrheit von Prozeſſen.

1. Verbindung von Prozeſſen.

a) Klagenhäufung.

§ 87. Von dem Fall eines Prozeſſes mit einer Mehrheit des Verfahrens iſt wohl zu unterſcheiden der Fall einer Mehrheit von Prozeſſen, welche nur in der äußerlichen Erſcheinung miteinander verbunden ſind, alſo in den gleichen Schriftſätzen und den gleichen Terminen zur Verhandlung kommen. Hier ſind mehrere voneinander ſelbſtändige Prozeſſe gegeben, von denen jeder ſein eigenes Schickſal verfolgt[1].

Da die Verbindung nur eine äußerliche iſt, ſo gilt der Satz:

Das Gericht kann, ſofern es findet, daß die Verbindung unzweckmäßig iſt, trennen; es kann, wenn eine Verbindung zweckmäßig iſt, mehrere getrennte Prozeſſe miteinander verbinden; es kann dieſe Trennung oder Verbindung wieder aufheben (§§ 145, 147, 150 ZPO.).

Der erſte Fall der Verbindung mehrerer Prozeſſe iſt die Verbindung mit Gleichheit der Parteien, die Klagenhäufung.

Der Kläger kann in derſelben prozeſſualen Form mehrere Klagen gegen den nämlichen Beklagten zuſammenfaſſen, und dies kann zur Folge haben, daß auch die künftigen prozeſſualen Tätigkeiten vereinigt, daß insbeſondere die mündlichen Erklärungen in den verſchiedenen durch die Klage angerührten Prozeſſen verbunden werden. Innerlich bleiben die Prozeſſe getrennt, und die Verbindung der Klagen hat nur die Bedeutung, daß für die ſachliche Zuſtändigkeit und die Reviſionsmöglichkeit die Summen vereinigt werden (§§ 5, 546 ZPO.).

b) Streitgenoſſenſchaft.

§ 88. Schwieriger iſt der Fall, wenn mehrere Kläger ihre Klagen vereinigen, oder wenn jemand gegen mehrere Beklagte auftritt. In dieſem Falle liegen ſo viele Prozeſſe vor, als es Kläger und Beklagte ſind, welche Prozeſſe zu einer Prozeßform vereinigt ſind. Solche vereinigte Perſonen der Kläger- und der Beklagtenrolle nennt man Streitgenoſſen. Die Streitgenoſſenſchaft iſt aber nicht überall ſtatthaft; ſie verlangt vielmehr entweder eine materiellrechtliche Beziehung der behaupteten Anſprüche, oder ſie verlangt, daß die Anſprüche nach Grund und Inhalt gleichartig ſind (§§ 59, 60 ZPO.). Im erſten Fall iſt die Streitgenoſſenſchaft beſonders empfehlenswert und darum beſonders begünſtigt, begünſtigt dadurch, daß für die mehreren Streitgenoſſen durch Beſchluß des übergeordneten Gerichts ein

[1] Vgl. darüber meine Abhandlung über die Philoſophie des Prozeſſes im Arch. f. Rechtsphiloſophie VI S. 589 f.

gemeinsamer Gerichtsstand geschaffen werden kann (§ 36 Z. 3 ZPO.)[1]. So insbesondere im Falle mehrerer Gesamtschuldner, im Falle der Klagen gegen Hauptschuldner und Bürgen.

Auch hier ist jeder dieser Prozesse selbständig. Daher kann z. B. in dem einen ein Anerkenntnis stattfinden, in dem anderen eine Leugnung; in dem einen kann die Partei erscheinen, in dem anderen nicht; im einen kann die Berufung eingelegt, im anderen darauf verzichtet werden usw. (§ 61 ZPO.). Daher kann die Entscheidung in den verschiedenen Prozessen verschieden ausfallen. Nur das eine ist festzuhalten: das Gericht darf sich, wenn es auch nur äußerlich beide Entscheidungen in einem Urteil vereinigt, nicht selbst widersprechen; ein solcher Widerspruch wäre ein prozessualer Mangel: Logik ist ein wesentliches prozessuales Erfordernis des Urteils. Wird also z. B. im Urteil ausgesprochen, daß die Hauptschuld niemals bestanden hat, so kann nicht im gleichen Urteil eine Verurteilung der Bürgen ergehen, als ob eine Hauptschuld bestände oder doch bestanden hätte.

Von dieser Selbständigkeit gibt es eine Ausnahme: nämlich im Falle der sogenannten *materiellen Streitgenossenschaft*, auch notwendige Streitgenossenschaft genannt. Hier tritt eine Beeinflussung der Prozesse ein, indem das eine Rechtsverhältnis in das andere hineinwirkt. Der Grund liegt in folgendem prozessualen Satz: es ist ein Bedürfnis vorhanden, daß die Entscheidung in allen Prozessen einheitlich ist (vgl. S. 347). Daher kann kein Prozeß zu einem anderen Ergebnis gelangen als der andere; und mithin: was im einen geschieht, muß in gewisser Richtung in den anderen einwirken, so daß auf solche Weise, wie durch gegenseitiges Durchdringen, eine Art gemeinsamen Ergebnisses erwächst. Dieses Phänomen ist näher dahin zu kennzeichnen, daß in jedem Prozeß Rechtslagen entstehen, die den anderen mitbeeinflussen.

Die Art und Weise, wie man das Ziel zu erreichen sucht, ist folgende: was in einem Prozeß Günstiges geschieht, nützt allen; was Ungünstiges geschieht, schadet keinem. Daraus hat die ZPO. auch den Schluß gezogen, daß, wenn von den mehreren Streitgenossen auch nur einer anwesend ist, kein Versäumnisurteil ergehen kann, sondern die Sache mit Wirkung für alle kontradiktorisch verhandelt wird (§ 62 ZPO.). Dies entspricht dem französischen Prozeßrecht, nur mit einer Verschlechterung: das französische Recht läßt die Verhandlung noch nicht gleich zu, sondern erst in einem zweiten Termine; wodurch ein ähnliches Ergebnis erzielt werden soll, wie wenn nach Versäumung des Termins der Einspruch erhoben worden wäre, während bei uns der Ausbleibende durch die Gabe, die man ihm gibt, benachteiligt wird, weil man ihm den Einspruch und damit die zweite Verhandlung nimmt[2].

Man hat angenommen, daß hier eine Vertretung des abwesenden Streitgenossen durch den anwesenden stattfände; dies ist aber eine wissenschaftlich unhaltbare Ausdrucksweise. Das Richtige ist vielmehr: kraft des oben angeführten Prinzips von der Einwirkung der Rechtslagen wirkt das, was der Anwesende tut, so sehr in die Verhältnisse der übrigen Streitgenossen hinein, daß der Abwesende an dem günstigen Ergebnis der Erklärungen des Anwesenden teilnimmt. Daraus ergibt sich auch folgendes: man hat gefragt, ob in diesem Fall auch das Anerkenntnis des anwesenden (beklagten) Streitgenossen auf die übrigen wirke. Davon kann aber keine Rede sein: denn wenn der andere Streitgenosse abwesend ist, so tritt kraft des Abwesenheitsverfahrens für ihn der regelrechte Erfolg ein, daß die Tatsachen der Klage zugestanden sind, im übrigen aber der Widerspruch gegen die Klage fortbesteht; diesem gegenüber ist das Anerkenntnis des erschienenen Streitgenossen nicht etwas Günstigeres, sondern etwas Ungünstigeres, und es kann daher nicht wirken; es wirkt gar nicht, weder für den einen noch für den anderen Teil; es wirkt nur insoweit, als darin mittelbar ein Tatsachenzugeständnis liegt.

---

[1] Diese Bestimmung ist rationell auf den ersten Fall der Streitgenossenschaft zu beschränken; es hätte keinen rechten Sinn, einen gemeinsamen Gerichtsstand zu schaffen für Personen, die einander nichts angehen und nur aus ähnlichen Schulden verhaftet sind. Daher die beschränkende Auslegung. Sie wird natürlich von den Wortinterpreten der ZPO. wie so vieles andere bekämpft. Ja, haltet euch an Worte!

[2] Prozeßrechtliche Forschungen S. 37. Bei uns hat man dies trotz meines Hinweises auch in der Prozeßnovelle nicht berücksichtigt, obgleich die ZPO. in einem anderen Fall, in § 618, den richtigen Gedanken erfaßt hat.

Eigentümlich ist allerdings bei dieser Streitgenossenschaft das Verhältnis des Eides behandelt (§ 472 ZPO.). Daß der Eid nur gemeinsam zugeschoben werden kann, ist ein Fehlgriff; daß aber bei teilweiser Leistung und Nichtleistung des Eides das richterliche Ermessen eintritt, ist eine Wendung der ZPO. zum Besseren, sofern sie hier den Formalismus einigermaßen mildert.

Eine Trennungsbefugnis des Gerichts im Fall der materiellen Streitgenossenschaft ist durch den Zweck der Einrichtung ausgeschlossen.

c) Widerklage.

§ 89. Eine äußerliche Verbindung von Prozessen findet auch bei der Widerklage statt, sofern der Beklagte in äußerlicher Anlehnung an den Prozeß eine Klage gegen den Kläger erhebt. Eine solche kann stets stattfinden, wenn sie nicht durch die Prozeßart ausgeschlossen ist (§§ 595, 615, 633, 640, 641 ZPO.); sie kann stattfinden, sofern das Gericht auch für die Widerklage zuständig ist [1]. Doch wird diese Zuständigkeit in zwei Fällen ergänzt, wenn nämlich der Widerklageanspruch mit dem Klageanspruch im Zusammenhang steht, indem beide aus einem Rechtsverhältnisse hervorgehen, oder wenn der Widerklageanspruch mit einer Einrede oder Einwendung zusammenhängt, die gegen den Klageanspruch geltend gemacht wird insbesondere mit einer Einrede der Aufrechnung oder der Zurückbehaltung; in beiden Fällen ist auch, wenn der Hauptprozeß amtsgerichtlich, der Widerklageprozeß landgerichtlich ist, das Ganze auf Antrag durch (unanfechtbaren) Beschluß an das Landgericht zu verweisen (§ 506 ZPO.). Im übrigen sind beide Prozesse selbständig, und es sind zwei Urteile, die gefällt werden. Allein, auch diese unterliegen dem Gesetze, daß sie sich nicht logisch widersprechen dürfen (S. 533). Daraus ergibt sich folgendes:

1. Wird im Hauptprozeß ein Rechtsverhältnis als nicht vorhanden erklärt, so kann nicht im Widerklageprozeß ausgesprochen werden, daß es existiere und folgeweise der Widerbeklagte verurteilt werde; dies ist von besonderer Bedeutung, wenn von der einen Seite eine negative Feststellungsklage, von der anderen eine positive Feststellungsklage oder Anspruchsklage erhoben wird [2].

2. Im Fall der Berufung gegen das Urteil in der Klagesache ist eine Anschließung bezüglich des Urteils in der Widerklagsache möglich.

3. Eine Aufhebung des Urteils in der Klagesache kann eine Aufhebung und Zurückverweisung auch des Urteils in der Widerklagesache zur Folge haben [3].

In welcher Weise die Widerklage erhoben wird, ist oben (S. 291) erwähnt worden.

Eine Trennung durch das Gericht findet nicht statt, wenn der Widerklageanspruch mit dem Klageanspruch in materiellem Zusammenhang steht (§ 145 ZPO.), während sie im Fall des bloßen Zusammenhanges mit einer Einrede nicht ausgeschlossen ist. Vgl. oben S. 286.

2. Sonstige Beziehungen von Prozessen.

a) Aussetzung wegen des Präjudizialverhältnisses.

§ 90. Obschweben zwei Prozesse, wovon der eine einen Präjudizialpunkt für den anderen enthält, so kann das Gericht den Folgeprozeß aussetzen, bis der Präjudizialpunkt entschieden ist. Dies ist in die Erwägung des Gerichts gestellt: Widersprüche sind zu vermeiden (§ 148 ZPO.). Nur wenn die Präjudizialklage eine Ehеklage, namentlich die Anfechtungsklage in bezug auf eine Ehe, ist, muß dem Aussetzungsantrag stattgegeben werden (§§ 151, 152, 154 ZPO.), ebenso, wenn es sich um einen Streit über die eheliche Kindschaft handelt (§ 153, 154 ZPO.).

Eine Aussetzung bis zur Erledigung eines erst anhängig zu machenden Prozesses steht dem Gericht regelmäßig nicht zu.

[1] So nun endlich nach langen Irrtümern auch das RG. 27. Sept. 1900 (Bd. 46 S. 424).
[2] Über diesen Fall vgl. RG. 5. 4. 1909 Entsch. 71 S. 69.
[3] Vgl. über diese Punkte auch RG. 4. Mai 1900 (Bd. 46 S. 373).

Eine Ausnahme gilt:

1. wenn es sich um ein präjudizielles verwaltungsgerichtliches Verfahren handelt (§ 148 ZPO.); der Hauptfall ist der, wenn gegen eine Klage wegen Patentverletzung die Nichtigkeit des Patents behauptet wird: hier kann nicht nur, hier muß die Nichtigkeitsfrage dem Nichtigkeitsprozeß bei dem Patentamte überlassen werden, und es ist mithin demjenigen, welcher die Nichtigkeit behauptet, eine Frist zu setzen, um die Nichtigkeitsklage zu erheben; was auch dann geschehen kann, wenn inzwischen das Patent bereits erloschen ist und es sich um die Verhältnisse handelt, die während der Patentzeit erwachsen sind [1];

2. wenn die Präjudizialfrage die Nichtigkeit der Ehe ist und wenn, wie gewöhnlich, diese Frage nur durch spezielle Nichtigkeitsklage zur Entscheidung gebracht werden kann (solange die beiden Ehegatten leben und die Ehe nicht geschieden ist, § 1329 BGB.), § 151 ZPO.;

3. wenn in Frage steht, ob eine Ehe oder eine Kindschaft besteht oder nicht (§§ 154, 640 ZPO.) [2]. Im Fall 2 wird, wie im Fall 1, eine Frist gesetzt, im Fall 3 nicht, da hier jeder Teil den Spezialprozeß anregen kann.

b) Beihilfe zugunsten des Schiedsverfahrens.

§ 91. Eine gewisse Verbindung zwischen Schiedsverfahren und Prozeß erfolgt, wenn das Gericht angerufen wird, das Schiedsverfahren zu unterstützen. Das Schiedsverfahren verfolgt ja ähnliche Zwecke wie der Prozeß und verfolgt sie in einer den Bedürfnissen des Lebens mehr oder minder angemessenen Weise; da darf das Gericht es nicht hilflos lassen und ihm seinen Beistand nicht versagen.

Dieser Beistand zeigt sich einmal darin, daß das Gericht mithilft, das Schiedsgericht zu bilden, wenn im Schiedsvertrag die Schiedsrichter nicht bezeichnet sind: hier wird nötigenfalls der Schiedsrichter vom Gericht bestimmt (§ 1029); sodann kann das Gericht selber namentlich 1. die Beweistätigkeit unterstützen; denn der Schiedsrichter ist nicht befugt, den Gerichtszwang auszuüben; er kann auch nicht Personen vereidigen; beides kann das Gericht tun auf Antrag, falls die Schiedsrichter erklären, einer derartigen Beweishandlung zu bedürfen (§§ 1035, 1036 ZPO.) [3]; 2. kann das Gericht tätig sein, um die Festlegung und Konstatierung des Schiedsspruches zu erleichtern, und dies geschieht in der Art: der Schiedsspruch muß a) in gerichtlicher Weise zugestellt werden, was keine Schwierigkeit hat, da die Gerichtsvollzieher im Auftrage der Schiedsrichter ebenso wie sonst im Auftrage der Parteien handeln; der Schiedsspruch (die Endentscheidung, nicht auch etwaige Zwischenbescheide) [4] muß b) auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt werden, damit über seinen Inhalt kein Zweifel herrschen kann, namentlich auch nicht über die Frage, welche von mehreren verschiedenen Fassungen die echte ist (§§ 1039, 1045 ZPO.). Die Zustellung hat darum auch in Ausfertigung, nicht in beglaubigter Abschrift zu geschehen.

Das Gesagte gilt nur vom Schiedsverfahren, das über einen Anspruch entscheiden oder ein Rechtsverhältnis feststellen soll, im Gegensatz zur Tätigkeit des Schiedsmannes, der nur über einen bestimmten Punkt, zum Beispiel die Höhe des Schadens, sich sachkundig und entscheidend äußern soll (§ 315 f. BGB.). Vgl. oben S. 332 und vgl. auch RG. 12. 11. 1907 Entsch. 67 S. 71 und RG. 2. 2. 1909 JW. 38 S. 199.

[1] Handbuch des Patentrechts S. 363 f., Lehrbuch des Patenrechts S. 164. Allerdings muß zwischen dem nichtigen Patent und dem Nichtpatent unterschieden werden; die obige Bestimmung bezieht sich nur auf den ersten Fall, nicht auf den letzteren, Lehrbuch S. 165, 167. Ferner gehört hierher § 901 ReichsVers.O.

[2] RG. 13. 5. 1911 JW. 40 S. 715.

[3] Das Schiedsgericht braucht nicht vorher die Zeugen außereidlich zu vernehmen, wenn es überzeugt ist, daß ihre Aussagen bedeutsam sind, vgl. Nußbaum, ZPO. 42 S. 291 (doch ist es üblich).

[4] Vgl. auch RG. 28. 1. 1908 Entsch. 69 S. 53.

B. Verwirklichungsprozeß, Zwangsvollstreckungs- und Konkursverfahren.

I. Vollstreckungstitel und vollstreckbare Ausfertigung.

§ 92. Zwangsvollstreckung ist die zweite Aufgabe des Zivilprozesses. Es handelt sich darum, das Recht gegen den widerspenstigen Willen durchzuführen, und zwar durch die Macht des Staates; was durch Einwirkung auf die Person oder durch Eindringen in ihre Vermögenssphäre geschehen kann. Die Vollstreckung erfolgt heutzutage nicht mehr blindlings: sie erfolgt aber auch nicht erst, wie man lange Zeit als Regel aufstellte, auf Grund eines rechtskräftigen Urteils; sie erfolgt auf Grund eines vollstreckbaren Titels, d. h. eines Rechtfertigungsgrundes, der für die Rechtsordnung als genügend erscheint, um auch auf die Gefahr des Irrens hin mit Gewalt gegen den anderen vorzugehen [1].

Der vollstreckbare Titel ist eine Steigerung des Persönlichkeitsrechts, welches sonst nur zur Klage, hier aber zur Vollstreckung befugt [2]; aber zur Vollstreckung auf eigene Gefahr in der Art, daß, wenn der Vollstreckungstitel später aufgehoben wird, der Vollstreckungskläger unter Umständen für alle Schäden aufkommen muß [3].

Die Gefahr des Irrens dürfen wir überhaupt niemals als eine überwiegende betrachten. Die Lebensinteressen drängen so sehr nach Verwirklichung, daß wir eine mehr oder minder große Wahrscheinlichkeit als genügend erachten müssen, um mit Zwangsverwirklichung vorzugehen. Allerdings steht dem wiederum der Satz zur Seite: tut man dies aus Irrtum, dann hat man die Folgen zu gewärtigen, und die Folgen sind: volle Schadensersatzpflicht gegen den, der unter der Zwangsvollstreckung gelitten hat (§§ 717, 945 ZPO.; vgl. §§ 302, 600 ZPO., § 231 BGB.).

Das ist das moderne System, das einzige, das unseren Bedürfnissen entspricht. Die ZPO. macht zu vollstreckbaren Titeln außer den rechtskräftigen Urteilen einmal solche Urteile, die für vorläufig vollstreckbar erklärt werden: es sind dies Urteile, die noch nicht rechtskräftig sind, bei denen aber eine Wahrscheinlichkeit besteht, daß es bei ihnen verbleiben wird, oder bei denen sonstige Interessen für die Beschleunigung sprechen, oder bei denen die Gefahr des Irrtums durch besondere Mittel, namentlich durch Sicherheitsleistung begütigt wird.

Es gibt Urteile, die von Amts wegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind, auch ohne Antrag. So das Urteil auf Anerkenntnis des Schuldners hin; so das Läuterungsurteil, welches ein rechtskräftiges bedingtes Eidesurteil nach Leistung oder Verweigerung des Eides zu einem unbedingten macht; der Grund ist offensichtlich: hier ist kaum möglich, jedenfalls wenig denkbar, daß das Urteil fehl greift. Eine andere Erwägung trifft beim zweiten oder folgenden Versäumnisurteil zu: ist dieses ein strenges, so ergibt sich die Vollstreckbarkeit schon daraus, daß hier ein Rechtsmittel fast ganz ausgeschlossen ist, jeden-

[1] Der vollstreckbare Titel kann auch zivilrechtliche Bedeutung haben: 1. er gewährt das Recht der Kündigung einer Gesellschaft oder Gemeinschaft (§§ 725, 751 BGB., § 135 HGB., § 66 Genoss.-Ges.); 2. der Anspruch, für den ein vollstreckbarer Titel vorhanden ist, verjährt in 30 Jahren, § 218 BGB. (natürlich auch ein rechtskräftiges Endurteil, nicht aber ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO.), RG. 15. 4. 1907 Entsch. 66 S. 10. Bemerkenswert ist 3., daß ein vollstreckbarer Titel nicht nur zur Vollstreckung, sondern auch zur Vorbereitung der Vollstreckung durch Gläubigeranfechtung den nötigen Anhalt gewährt, § 2 Anfechtungsges.

[2] Vgl. Dernburg-Kohler VI S. 562.

[3] Man hat hierüber tiefsinnige Betrachtungen angestellt, wie es denn möglich sein könne, daß auf der einen Seite eine Vollstreckung gerechtfertigt und auf der anderen Seite wieder ungerechtfertigt sei; denn wenn sie gerechtfertigt ist, warum soll sie eine Entschädigungspflicht bewirken? Wenn sie ungerechtfertigt ist, warum fügen sich die Prozeßorgane? Vor allem haben darüber Geib und neuerdings Goldschmidt geschrieben. Dies beruht auf dem unrichtigen Axiom, als ob eine Entschädigungspflicht ein (subjektives) Unrecht voraussetze; im Gegenteil gibt die Rechtsordnung in einer Reihe von Fällen die Befugnis, zu wirken unter der sofortigen oder eventuellen Verpflichtung zur Entschädigung.

falls sehr selten Erfolg haben wird; ist es ein nicht strenges, dann ist die Vollstreckbarkeit eine Strafe für den Säumigen und soll erzieherisch wirken (S. 361). Das gleiche gilt auch bei dem ersten Säumnisurteil in der Revisionsinstanz. Auch die Urteile im Urkundenprozeß sind vorläufig vollstreckbar, da hier gewisse besondere Garantien für die Richtigkeit gegeben sind und auch eine Änderung im Nachverfahren nur selten vorkommt. Ähnlich die kontradiktorischen Oberlandesgerichtsurteile in Vermögenssachen. Endlich die Urteile, welche Arreste oder einstweilige Verfügungen aufheben: sie müssen vorläufig vollstreckbar sein, weil aus ihnen hervorgeht, daß die Frage der Berechtigung des Arrestlegers doch eine recht zweifelhafte ist.

Außerdem gibt es Urteile, die auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind. Es sind dies Urteile in Sachen, die besondere Beschleunigung erheischen, außerdem aber vor allem in Sachen von nicht über 300 Mark (§ 709 ZPO., § 57 GewGG.)[1]. Die Bestimmung ist auch hier wesentlich erzieherisch: es soll dadurch der erstgerichtlichen Entscheidung größere Tragweite beigelegt und den Parteien die Notwendigkeit auferlegt werden, schon in diesem Verfahren mit allem Ernst an der Rechtsforschung mit zu helfen. Außerdem kann ein Urteil in dringenden Fällen für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, wenn sonst dem Gläubiger ein schwerer (schwer ersetzlicher oder schwer beweislicher) Nachteil entstünde. Und endlich kann der Gläubiger die Vollstreckbarkeitserklärung herbeiführen durch Anbieten der Sicherheitsleistung: dann wird die Gefahr des Irrtums vermindert; denn der Schuldner bekommt seinen Ersatz zugesichert. Vgl. außerdem §§ 708 Z. 6, 711, 534 ZPO.

Es gibt aber auch gewisse Fälle, wo umgekehrt der Schuldner begehren kann, daß das Urteil nicht vollstreckbar werden solle; insbesondere kann er verlangen, zur Sicherheitsleistung zugelassen zu werden, um durch die Sicherheitsleistung die Vollstreckung abzuwenden; dies bringt den Vorteil, daß, auch wenn er keine Sicherheit leistet, die Vollstreckung doch nur bis zur Hinterlegung des Geldes, nicht bis zur Auszahlung schreiten darf: denn die Hinterlegung gilt hier als Sicherung. Doch kann diese Sicherheit stets durch den Gläubiger überboten werden, wenn er sich anheischig macht, seinerseits Sicherheit zu leisten, (§§ 710 ff., 720, 839 ZPO.).

Aber auch andere richterliche Entscheidungen können vollstreckbare Titel schaffen; so sind vollstreckbar die ein Gebot enthaltenden Beschlüsse des Zivilprozesses (§ 794 Z. 3 ZPO.), so gewisse Beschlüsse des Vollstreckungsgerichts im Verfahren der Zwangsversteigerung (§§ 93, 132 ZVG.), so die Forderungsfeststellungen im Konkurs, wenn der Gantschuldner nicht widersprochen hat: sie bilden gegen den Gantschuldner, der etwa später wieder zu Vermögen kommt, einen Vollstreckungstitel (§ 164 KO.).

Die vollstreckbare Entscheidung kann ihre Kraft verlieren, wenn sie in einem späteren Stadium des Prozesses aufgehoben wird, zum Beispiel auf Grund der Berufung oder auch nur auf Grund der Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 717 ZPO.)[2]. Außerdem aber kann sie durch eine Vollstreckungsgegenklage[3] zu Fall gebracht werden. Die Vollstreckungsgegenklage ist eine Reaktion des vom Vollstreckungstitel Betroffenen, worin er zur Geltung bringt, daß dem Titel kein materieller Anspruch innewohne, er mithin ohne Wirksamkeit bleiben müsse. Wie der Vollstreckungstitel eine positive, so ist sie eine negative Steigerung des Persönlichkeitsrechts. Zwar kann eine Entscheidung eines ordentlichen Gerichts regelrecht nicht in der Art einer Gegenklage unterworfen werden, daß ihre Unrichtigkeit behauptet wird; wohl aber ist in allen Fällen eine Vollstreckungsgegenklage dahin denkbar, daß der in der Entscheidung bezeichnete Anspruch nachträglich erloschen sei, z. B. durch Zahlung, Erlaß, Vergleich usw.[4]. Auch in diesem Falle besteht ein Recht darauf, daß ein Vollstreckungstitel nicht zur Ausführung gelangt. Und

[1] Vgl. auch bezüglich der Innungsschiedsgerichte § 91 b GewO. (wo 100 Mk. die Norm bilden).

[2] Über Entschädigungspflicht vgl. oben S. 366; Besonderes gilt aber bei Oberlandesgerichtsurteilen.

[3] Diese jetzt ganz allgemeine Benennung habe ich seinerzeit in die Wissenschaft eingeführt, zuerst in meinen Kollegien, sodann in meiner Abhandlung in der Festgabe für Planck (und im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 72).

[4] Auch durch Aufrechnung, jedenfalls, wenn die Aufrechnung erst später möglich war, RG. 20. 11. 1903 Entsch. 64 S. 228. Auch durch nachträglichen Zwangsvergleich, OLG. Hamburg 3. 2. 1885, Seuffert Archiv 40 Nr. 268.

dasselbe muß auch dann gelten, wenn der Vollstreckungstitel zu Recht besteht, aber der Schuldner das Recht hat, die Zahlung zu verweigern und daher zu verlangen, daß der Titel nicht in Kraft gesetzt wird; zum Beispiel: es ist ausgemacht worden, einen Titel erst nach soundso viel Zeit zur Vollstreckung zu bringen: hier flüchtet sich die Einrede in die Form der Vollstreckungsgegenklage [1]. Endlich kann auch noch die Legitimation zum Vollstreckungstitel bestritten werden, indem man behauptet, daß das Recht aus dem Titel auf einen anderen übergegangen sei (§§ 767 ff.).

In allen diesen Fällen, wo der Umsturz des vollstreckbaren Titels durch gerichtliches Verfahren angestrebt wird — also im Falle eines Rechtsmittels wie im Falle der Vollstreckungsgegenklage —, können einstweilige sichernde Anordnungen ergehen; insbesondere kann die einstweilige Einstellung der Vollstreckung beschlossen werden oder sogar ihre Aufhebung, aber nur gegen Sicherheitsleistung; oder es kann bestimmt werden, daß der Fortgang der Vollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung stattfinden dürfe (§§ 707, 719, 769, 775 ZPO.).

Der Übergang vom Vollstreckungstitel zur Vollstreckung erfolgt durch die sogenannte vollstreckbare Ausfertigung: durch eine Ausfertigung des Titels mit der Vollstreckungsklausel, d. h. der Klausel, welche bestimmt, daß diese Ausfertigung der Vollstreckung zugrunde gelegt werden kann. Der Sinn dieses Verfahrens ist folgender: es soll dafür gesorgt werden, daß die Vollstreckung aus dem Titel nicht verdoppelt und verdreifacht wird; das wäre aber möglich, wenn aus jeder Ausfertigung vollstreckt werden könnte: darum darf nur auf Grund derjenigen Ausfertigung zur Vollstreckung geschritten werden, welche mit der Klausel versehen ist, und eine zweite Ausfertigung mit Klausel darf nur ausnahmsweise unter Umständen erteilt werden, welche gegen den Mißbrauch sichern. Dieses System hat sich in Frankreich entwickelt, wo die Vollstreckungsklausel sich als eine unmittelbare Äußerung des Staatsoberhauptes darstellt und recht dramatisch klingt, während sie bei uns lediglich geschäftsmäßig ist (§§ 725, 733 ZPO.) [2]. Es ist unentbehrlich. Die Vollstreckungsklausel bei Urteilen und Beschlüssen erteilt der Gerichtsschreiber (§§ 724, 794, 795 ZPO.).

Geht der Anspruch aktiv oder passiv über, so kann auch der Vollstreckungstitel aktiv und passiv übertragen werden, nur bedarf es einer Feststellung dieses Übergangs; sie geschieht durch die funktionelle Vollstreckungsklausel, durch einen Vermerk, welcher bestimmt, daß das Urteil für oder gegen den Rechtsnachfolger wirkt: diese vollstreckbare Klausel ist funktionell, denn sie ändert den Vollstreckungstitel, sie erfolgt aber in derselben Form wie die gewöhnliche Klausel, nur bedarf der Gerichtsschreiber der Anordnung des Vorsitzenden (§§ 727 ff. ZPO.). So auch passiv, wenn das Vermögen und damit die Passivschuld auf einen anderen übergegangen (§§ 727, 729, 738, 742, 744, 745, 749), und bei dinglichen Ansprüchen, wenn die Sache nach der Rechtshängigkeit in den Besitz eines anderen gelangt ist (§§ 325, 727 ZPO.) [3].

Ein anderer Fall der funktionellen Vollstreckungsklausel ist, wenn das Urteil bedingt lautet: hier wird durch die Vollstreckungsklausel konstatiert, daß die Bedingung eingetreten ist (§ 726 ZPO.).

Der Gerichtsschreiber soll die funktionelle Klausel nur dann erteilen, wenn der Eintritt der Bedingung oder der aktive oder passive Rechtsübergang durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (Urkunden mit Unterschriftsbeglaubigung) dargetan wird, wozu auch gehört, wenn der Gegner diese Umstände vor Gericht anerkennt; andernfalls ist eine Feststellungsklage zur Bestätigung dieses Umstandes erforderlich, was die ZPO. Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel nennt (§§ 726, 731 ZPO., Vollstreckungsfeststellungsklage).

Der Vollstreckungstitel hat zur Vollstreckung noch folgende Beziehungen: 1. Der Vollstreckungsbeamte muß, um zu vollstrecken, in den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung gesetzt

[1] So auch im Fall der „Simulation" im Prozeß: von einer wahren Simulation ist, da das Gericht an der Simulation nicht teilnehmen kann, keine Rede; wohl aber ist die Vollstreckungsgegenklage statthaft. Unrichtiges mit Richtigem enthält RG. 30. 11. 1895 Entsch. 36 S. 249; vgl. auch die hier erwähnten Entscheidungen. Vgl. S. 307.

[2] Vgl. schon die Ordonn. von 1667 XXVII a. 6. (Ein sog. Pareatis mit dem großen Siegel.) Ein wenig mehr „Phantasie im Recht" wäre auch bei uns wünschenswert.

[3] Die Annahme, daß vorläufig vollstreckbare Urteile nicht übertragen werden können, OLG. Jena 2. 12. 1897 Zeitschr. für Zivilprozeß XXVII S. 345, hat keinen Halt.

sein; sonst vollstreckt er ohne Recht (§ 754 f.); nur eine einstweilige Vollstreckungshandlung kann ohne diese geschehen (§ 845 ZPO.).; 2. der zu Vollstreckende hat das Recht, den Vollstreckungstitel vorher urkundlich zu sehen. Regelrecht kann daher eine Vollstreckung nur erfolgen, wenn entweder vorher oder gleichzeitig der Vollstreckungstitel (und, wenn die Vollstreckungsklausel eine funktionelle Bedeutung hat, auch diese unter Beifügung einer Abschrift der beweisenden Urkunden) zugestellt wird (§ 750 ZPO.)[1]. Doch gibt es davon Ausnahmen; eine Ausnahme gibt es im Arrestverfahren (S. 397), eine andere im Zwangsversteigerungsverfahren (§§ 132 f. ZVG.), und ein vorläufiger Befehl ohne Zustellung des Titels (Vorpfändung) ist bei der Forderungspfändung möglich (§ 845 ZPO.); vgl. auch § 800 Abs. 2 ZPO. Eine Ausnahme im entgegen gesetzten Sinne (drei Tage Zwischenraum) bietet § 798 ZPO.

II. Vollstreckungsverhältnis als Rechtsverhältnis.

§ 93. Das Vollstreckungsverhältnis ist ein vom Prozeßverhältnis getrenntes, neues Rechtsverhältnis, das wie dieses seine Voraussetzungen hat[2]. Voraussetzung ist wie sonst Gerichtsbarkeit; Voraussetzung ist Parteifähigkeit des Klägers und des Beklagten. Die Zuständigkeit ist auch hier eine Voraussetzung in dem Sinne, daß das Gericht ohne Zuständigkeit nicht fortschreiten soll; dagegen hat der Mangel der Zuständigkeit auch hier die Unwirksamkeit der gewöhnlichen Rechtshandlung nicht zur Folge: die Rechtsähnlichkeit des § 7 des Gesetzes über freiwillige Gerichtsbarkeit muß hier zutreffen.

Das Vollstreckungsverhältnis ist wie das Prozeßverhältnis ein öffentlich-rechtliches Verhältnis unter den Parteien, das sich als öffentliches Verhältnis fortbewegt und unter öffentlichem Schutze steht[3].

Die Zwangsvollstreckung findet auf Antrag statt: der Antrag ist ein Rechtsgeschäft, welches das Vollstreckungsverhältnis begründet. Der Antrag steht aber nicht einem jeden kraft seines Persönlichkeitsrechtes zu, sondern nur demjenigen, dessen Persönlichkeitsrecht durch einen vollstreckbaren Titel gesteigert ist (S. 366). Der vollstreckbare Titel ist ein Mittel der Vermehrung des Persönlichkeitsrechtes, welcher ihm die rechtliche Kraft gibt, ein Vollstreckungsverfahren gegen eine durch den vollstreckbaren Titel bezeichnete Person einzuleiten. Der Antrag kann zurückgenommen werden; dann ist das Verhältnis aufgelöst (§ 29 ZVG.). Aber auch im Laufe des Vollstreckungsverhältnisses finden Rechtshandlungen der Parteien und des Gerichts statt: so zum Beispiel der Antrag auf Überweisung der Forderung bei der Forderungspfändung, so insbesondere die zahlreichen Anträge bei der Zwangsvollstreckung von Grundstücken, zum Beispiel die Anträge in betreff des geringsten Gebots, der Versteigerungsbedingungen, namentlich der Zahlungsfristen, des Ausbietens einer Mehrheit von Grundstücken, der Sicherheitsleistung des Steigerers, der Anberaumung eines neuen Versteigerungstermins, sodann der Widerspruch gegen ein Übergebot und die Beschwerdeführung (§§ 59, 60, 63, 67, 72, 85, 97 ZVG.).

Auch hier findet ein Fortschreiten statt, auch hier entstehen Rechte, und zwar dingliche Rechte, in welchen das Verhältnis sich entwickelt. Ein Recht ist das Vollstreckungspfandrecht: das Pfändungspfandrecht bei beweglichen Gegenständen, die Sicherungshypothek und das Beschlagnahmerecht bei der Liegenschaftszwangsvollstreckung (§§ 804, 866 ZPO., §§ 10 Z. 5, 11, 23 ZVG.). Ein schließliches Recht entsteht durch den Zuschlag (§ 90 ZVG.)[4].

---

[1] Sonst soll die Vollstreckung wirkungslos sein, nachträgliche Zustellung soll die Vollstreckung nur ex nunc heilen; so RG. 18. 4. 1888 Entsch. 20 S. 433, vom 2. 1. 1890 Entsch. 25 S. 368! Dies wäre unglaublich formalistisch und würde dem bösen Glauben des Schuldners, der nur auf einen solchen verborgenen Fehler lauerte, Tür und Tor öffnen. In der Tat hat er nur das Recht, nach §§ 766, 732 ZPO. Einwendungen zu erheben. Das genügt.

[2] Prozeß als Rechtsverhältnis S. 113.

[3] So auch, wenn die Sache eines Dritten, auch wenn die eigene Sache des Pfandgläubigers gepfändet würde, RG. 17. 4. 1912 B. 79 S. 242. Diese öffentlich-rechtlichen Charakter habe ich in Prozeß als Rechtsverhältnis S. 32 schon vor Jahren betont.

[4] Hierüber vgl. meinen Aufsatz in Grünhut XXXIII S. 561 f.

Rechtslagen entstehen aber insbesondere bei der Liegenschaftszwangsvollstreckung: so durch den Beginn des Verfahrens im Versteigerungstermin; damit werden alle Rechte ausgeschlossen, die nicht aus dem Grundbuch ersichtlich und bis jetzt nicht angemeldet worden sind (§§ 37 Z. 4, 66, 110 ZVG., 325 Abs. 3 ZPO.); Rechtslagen entstehen durch ein Steigerungsgebot, ein Übergebot und die Zulassung eines Übergebots (§§ 67 f., 71, 72 ZVG.), durch den Schluß der Verhandlung, sofern jetzt kein neuer Versteigerungstermin anberaumt werden kann (§ 85 ZPO.).

Auch hier kann der Fall eines einheitlichen Rechtsverhältnisses mit einer Verfahrensmehrheit vorkommen; so insbesondere der Fall, daß ein Konkurs aufgehoben und später wieder erneuert wird (§§ 197 ff. KO.): in diesem Falle ist ein Konkursverhältnis vorhanden, aber eine Zweiheit des Verfahrens. Vgl. S. 386.

Auch hier ist eine Rechtsnachfolge möglich; eine Unterbrechung des Verfahrens findet hierbei nicht statt (vgl. § 779 ZPO., ferner § 325 ZPO. und § 26 ZVG.); die Aussetzung aber hat eine andere Bedeutung und geschieht aus besonderen, der Vollstreckung eigenen Gründen: man spricht hier von Einstellung (und Aufhebung) §§ 766, 769, 707, 719, 732, 775 u. a.

Wie eine Mehrheit von Prozessen, so kann auch eine Mehrheit von Vollstreckungsverhältnissen äußerlich vereinigt werden; handelt es sich um denselben Vollstreckungsgegenstand, so tritt die Rechtsähnlichkeit der materiellen Streitgenossenschaft ein[1]: die rechtliche Behandlung des Vollstreckungsgegenstandes kann nur eine einheitliche sein, und im Widerstreitensfalle muß dasjenige gelten, was den Vollstreckungszweck am meisten fördert.

Eine besondere Organisation der mehreren vollstreckenden Gläubiger findet im Konkurse statt (Konkursgemeinschaft). Auch sonst gibt es Zwangsgemeinschaften in der Vollstreckung (S. 402).

III. Geldvollstreckung.

1. Allgemeines.

§ 94. Die Vollstreckung teilt sich in zwei wesentlich verschiedene Gruppen: Vollstreckung zur Erlangung von Geld (Geldvollstreckung) und sonstige Vollstreckung. Die Geldvollstreckung wirkt mit den Mitteln des Pfand- und Wertrechts; die sonstige Vollstreckung wirkt mit anderen Mitteln.

Die Zwangsversteigerung bei Grundstücken wie bei beweglichen Sachen ist ein prozessualisches Verfahren, das dem Zivilrecht nachgebildet ist und zu gleicher Zeit auch zivilrechtliche Rechtslagen und Rechtsfolgen nach sich zieht, und doch zeigt sich hier in jeder Weise der prozessuale Charakter. Die Tätigkeit des Gerichts, welches das geringste Gebot bestimmt und auch sonstige Verkündungen macht, die Anmeldung von Rechten, die bei der Versteigerung zu berücksichtigen sind, der Ausschluß im Falle der Nichtanmeldung, alles dieses hat prozessualen Charakter, ebenso die Art und Weise des Bietens, das Verlangen nach Kaution, die Prüfung, die Erklärung, daß eine Sicherheit erforderlich ist, die etwaige Zurückweisung eines Gebotes, die Zulassung eines Übergebotes, — alles dieses geschieht in prozessualischen Formen und mit den Mitteln prozessualischen Zwanges; ebenso der Zuschlag und alles, was damit zusammenhängt, endlich die nähere Regelung über das Schicksal des Bargebotes.

Daraus ergibt sich auch von selbst: die Erklärung des Gerichts, wie die Erklärung der Parteien sind als Prozeßerklärungen zu betrachten und etwaige Irrtümer oder Unstimmigkeiten sind nicht nach den Grundsätzen der zivilrechtlichen Anfechtung, sondern nach den Grundsätzen des prozessualen Beschwerderechts zu behandeln.

Der Ersteher erwirbt daher die Sache auf Grund eines prozessualischen Verfahrens, das allerdings ähnliche Wirkungen hat wie ein zivilrechtlicher Verkauf und eine zivilrechtliche Übertragung; darum bestimmt auch für die beweglichen Sachen der § 806, daß wegen Mangels der Sache oder wegen Mangels des Rechtes keine Gewährleistung vorkommt, und in § 37 Z. 5 ZVG.

[1] Vgl. Menestrina, accessione nell' esecuzione (Wien 1900), und dazu meine Besprechung in Z. f. Ziv.-Prozeß XXX S. 233.

ist gesagt, daß, wenn vor Erteilung des Zuschlags ein entgegengesetztes Recht nicht angemeldet wird, es nur noch auf den Erlös, nicht mehr auf die Sache geltend gemacht werden kann.

Damit sind diese prozessualischen Rechtsvorgänge mit Garantien versehen, welche den entsprechenden zivilrechtlichen Vorgängen fehlen, und hierdurch ist zur Geltung gebracht, daß es sich um Prozeßrecht, nicht um Zivilrecht handelt, wenn auch die Folgen im großen ganzen den zivilrechtlichen Erscheinungen nachgebildet sind.

Daher kann auch der Ersteher den Zuschlag nur in prozessualischer Weise, also durch Beschwerde anfechten [1].

2. Vollstreckung auf bewegliche Gegenstände.

§ 95. Das Vollstreckungsverhältnis zur Gelderlangung ist ein öffentlich-rechtliches, welches aber zu bürgerlich-rechtlichen Ergebnissen, nämlich zur Erlangung von Geld führen soll; um dieses zu erreichen, bedient sich das öffentliche Recht (hier wie sonst) des bürgerlichen Rechts, indem man dem Gläubiger zum Zwecke der Gelderlangung ein Wertrecht gibt.

Das Wertrecht ist dasjenige, was man Pfändungspfandrecht zu nennen pflegt, und der Akt, welcher das Wertrecht schaffen soll, ist die Pfändung. Natürlich hängt der Erfolg von zivilrechtlichen Voraussetzungen ab: die Rechtsordnung unterwirft dem Wertrecht die Vermögensstücke des Schuldners, nicht die Vermögensstücke Dritter; und werden daher fremde Sachen gepfändet, so sind sie zwar mit dem öffentlichen Beschlag belegt, aber das zivilrechtliche Wertrecht fehlt; und der öffentliche Beschlag muß aufgehoben werden, denn die öffentliche Tätigkeit ist auf falsches Gebiet abgeirrt. Dasselbe gilt, wenn die Vollstreckung sich auf solche Rechtsobjekte erstrecken will, welche außerhalb des Verfolgungskreises des Schuldners stehen [2].

Das Wertrecht kann individuell sein, d. h. jeweils dem Einzelgläubiger zustehen. Es kann kollektiv sozial sein, d. h. so geartet, daß es einer Reihe von Personen zusammen zukommt.

Wir haben als Regel das System angenommen, welches das sächsische Recht entwickelt hat, und das auf altgermanischer Grundlage beruht: die Pfändung ist individuell [3], es entsteht ein Pfandrecht des Gläubigers, welches den Pfandrechten späterer Gäubiger vorgeht. Das entgegengesetzte System dagegen befolgen wir im Konkurs: die Gläubiger, welche den Konkursbeschlag veranlassen, bewirken damit nicht ein Pfandrecht zu ihren Gunsten, sondern zugunsten sämtlicher Gläubiger, welche sich als Beschlagsgläubiger nachträglich anschließen und am Konkurs teilnehmen werden. Andere Prozeßordnungen haben das gleiche Prinzip auch außerhalb des Konkurses.

Für das eine wie für das andere System sprechen praktische Gründe. Für unseres läßt sich namentlich folgendes geltend machen: Soll der Gläubiger sich bei der Pfändung auf einen seiner Forderung entsprechenden Teil des Schuldvermögens beschränken — auch dies ist ein begreiflicher Grundsatz unseres Rechts (§ 803) [4] —, so muß man auch dafür sorgen, daß er den Pfändungsgegenstand allein für sich hat; denn er käme nicht zum Ziele, wenn sich andere mit gleichem Rechte anschließen könnten. Ist aber die Vollstreckung bestimmungsmäßig eine Gesamtvollstreckung, wie im Konkurs, dann hat dieses Prinzip der Vereinzelung keine Gründe mehr für sich, und darum haben wir im Konkurs den Grundsatz der Gleichbeteiligung.

Die Pfändung darf nur gegen das Vermögen, nicht gegen die Person gerichtet werden,

---

[1] OLG. Posen 5. 12. 1900 Seuffert 56 Nr. 191, RG. 30. 3. 1910 Entsch. 73 S. 195. Außerdem steht dem Ersteher, wenn ihm, auf offenbaren Irrtum hin, zu seinem Nachteil die Sache zugeschlagen worden ist, allerdings auch die Hilfe der actio und exceptio doli zu Gebot, RG. 17. 10. 1908 Entsch. 69 S. 277.

[2] So können Ansprüche des Vermieters aus dem Mietverhältnis gepfändet werden, nicht aber ein ganzes Mietverhältnis; denn dieses steht nicht in der freien Verfügung des Vermieters; vgl. LG. Dresden 17. 12. 1902 Z. f. Ziv.-Pr. XXXIX S. 519. Nur ausnahmsweise sind Rechte für die Gläubiger verfügbar, die es für den Schuldner nicht sind; vgl. §§ 399, 751 BGB., § 851 ZPO., § 15 G. m. b. H., RG. 27. 11. 1908 Entsch. 70 S. 69.

[3] So auch im altfranzösischen Recht; vgl. Leitfaden des Konk.R. 2. Aufl. S. 17 f. Ein interessantes Zwischensystem findet sich in a. 110 f. des Schweizer Schuldbetreibungsgesetzes; darüber vgl. Curti, Pfändungspfandrecht und Gruppenpfändung S. 59 f.

[4] Daher soll auch der durch Faustpfand gedeckte Gläubiger regelmäßig nicht auf andere Gegenstände greifen (§ 777 ZPO.).

auch gegen das Vermögen nur mit Aufrechterhaltung der Person, ihrer Lebensnotdurft und ihres Berufs; daher das Recht der sogenannten Kompetenz: gewisse Vermögensgegenstände sind der Pfändung entzogen, weil ihre Pfändung einen Eingriff in unveräußerliche Rechte der Person enthielte, indem sie der Person das zum Leben oder zum Gewerbebetrieb Nötigste entzöge (§§ 811, 850 ff. ZPO.)[1]; dahin gehören natürlich auch die zur Bestattung gehörigen Gegenstände (§ 811 Z. 13 ZPO.)[2].

Die Art der Pfändung unterscheidet sich nach der Art des Vollstreckungsgegenstandes. Bei körperlichen Gegenständen (Sachen) erfolgt sie durch eine Tätigkeit des Gerichtsvollziehers: Wegnahme oder Bezeichnung (Signierung) der Sache. Früher war die Wegnahme und Verbringung in ein Pfandlokal das Normale; dies läßt sich heutzutage nicht mehr durchführen und hat Unbequemlichkeiten und überflüssige Transportkosten zur Folge: darum wird es als Norm nur noch bei Sachen leichter Transportfähigkeit angewendet: bei Geld, Kostbarkeiten und Wertpapieren (§ 808 ZPO.). Wird sodann von einem zweiten Gläubiger dieselbe Sache gepfändet, so geschieht dies einfach durch Erklärung zu Protokoll, daß die bisherige Pfändung sich auch auf den neuen Gläubiger beziehen soll, sogenannte Anschlußpfändung (§ 826 ZPO.). Der Besitz der gepfändeten Sache bleibt im Falle der Signierung dem Schuldner, im Falle der Verbringung in das Pfandlokal gehört er dem Staat.

Daß der Gerichtsvollzieher nötigenfalls Gewalt anwenden, daß nötigenfalls polizeiliche und (vom Amtsgericht) militärische Hilfe herbeigerufen werden kann, versteht sich von selbst (§ 758 ZPO.)[3].

Bei Forderungen geschieht die Pfändung durch eine gerichtliche Erklärung an den sogenannten Drittschuldner (Schuldner des Schuldners), daß er nicht mehr an den Schuldner bezahlen soll (sogenanntes Arrestatorium), wozu noch ein Verbot an den Schuldner ergeht, daß er nicht mehr über die Forderung verfügen darf (Inhibitorium)[4]; und wenn es sich um eine Hypothekenforderung[5] handelt, so muß noch die Übergabe des Hypothekenbriefs bzw. die Eintragung ins Grundbuch hinzukommen. Mit der Zustellung des Arrestatoriums entsteht das gerichtliche Pfandrecht (§ 829 f. ZPO.). Die Forderungspfändung wird, wenn sodann der Gegenstand der Forderung geleistet oder vollstreckungsweise weggenommen wird, zu einer Pfändung des Forderungsgegenstandes. Ähnlich verhält es sich mit der Pfändung von Gesellschaftsanteilen und Miterbteilen: hier gelten die Mitgesellschafter und Miterben als Drittschuldner (§§ 857, 859 ZPO.)[6].

Handelt es sich um unkörperliche Gegenstände, so geschieht die Pfändung durch bloßes Inhibitorium, d. h. durch bloßen Ausspruch an den Schuldner, daß er nicht mehr darüber verfügen darf (§ 857 ZPO.): durch Zustellung des Verbots entsteht das richterliche Pfandrecht. Das ist besonders wichtig bei Urheber- und Patentrechten; bei Patentrechten allerdings muß die Eintragung in die Patentrolle hinzukommen[7]. Das gleiche gilt von der Pfändung einer Vermögensgesamtheit, z. B. eines Geschäftsunternehmens, welches sich in der Hand des Schuldners befindet ist: die Pfändung geschieht ebenfalls durch Inhibitorium.

---

[1] So schon das alte Recht; vgl. Auth. Frid. Agricultores zu c. 8 (8, 16), ja selbst schon das Recht von Gortyn (Kohler und Ziebarth S. 87). Auch nach den Statuten von Como (1219) a. 258 dürfen Pflug, Ackergerät und zwei Ochsen nicht gepfändet werden, nach Chianciani (1287) a. 40 sind arma, panni de lecto et de dorso der Pfändung entzogen u. a. Nach einem neuen französischen Gesetz 4. 4. 1889 a. 11 dürfen Seidenwürmer während ihrer Arbeit nicht beschlagnahmt werden, auch nicht die ihnen nötigen Maulbeerblätter.

[2] Es ist schon vorgekommen, daß ein Gerichtsvollzieher die Urne mit der Asche eines Toten gepfändet hat!

[3] Schon italienische Statuten sprechen von zwangsweiser Erbrechung der Tür, z. B. Teramo (1440) IV 152.

[4] Handelt es sich um ein Sparkassenbuch, so erfolgt die Pfändung nach § 829, zur Sicherung wird aber auch das Sparkassenbuch gepfändet. Vgl. LG. Dresden 22. 12. 1908 ZZP. XXXIX S. 526 (wo weitere Literatur). Die Pfändung des Buches kann natürlich auch dem § 829 vorhergehen.

[5] Oder um künftige Hypothekenzinsen, RG. 29. 6. 1910 Entsch. 74 S. 79.

[6] RG. 7. 2. 1911 Entsch. 75 S. 79 (auch schon Entsch. 49 S. 406).

[7] Lehrbuch des Patentrechts S. 178. 188. Hierher gehört auch die Pfändung der Eigentümerhypothek, RG. Entsch. 43 S. 427, 17. 12. 1904 Entsch. 59 S. 314 (Pfändung und Wegnahme des Hypothekenbriefs), 24. 10. 1906 Entsch. 64 S. 212. Hier zeigt sich viel unbrauchbare Scholastik.

Der Pfändung durch Arrestatorium oder Inhibitorium kann übrigens eine Vorpfändung vorausgehen, indem die darin enthaltenen Erklärungen durch den Gerichtsvollzieher gemacht werden können. Dies ist selbst vor Erlangung der Vollstreckungsklausel möglich auf Grund des vollstreckbaren Titels; nur muß die offizielle richterliche Pfändung innerhalb dreier Wochen nachfolgen (§§ 845, 857 ZPO.). Die Vorpfändung ist ein provisorisch wirkender Vollstreckungsakt [1].

Auf die Pfändung folgt das Verwertungs- und das Zuweisungsverfahren. Ersteres ist die Ausübung des Pfandrechts in der Art, daß aus dem gepfändeten Gegenstand Geld erzielt wird. Es geschieht bei körperlichen Gegenständen (Sachen) regelmäßig durch öffentliche Veräußerung in der Art der Versteigerung (§§ 814, 816 f. ZPO.) [2]; nicht so bei Forderungen, da Forderungen nicht in gleicher Weise Gegenstand des Verkehrs sind wie Sachen, und da eine Werterzielung hier durch Verwertung des aus der Forderung erzielten Erfüllungsergebnisses geschehen kann; um zu diesem zu gelangen, wird dem Gläubiger ein Deckungsrecht eingeräumt, indem ihm das Wertrecht einen Anspruch gegen den Schuldner auf Erfüllung gewährt; jedoch bedarf er dazu noch einer Überweisung durch das Vollstreckungsgericht. Dasselbe gilt, wenn der Anspruch auf eine Vermögensgesamtheit gepfändet wird, so die im Besitze der Vorerben befindliche Nacherbenschaft. Erlangt der Gläubiger auf Grund dieses Deckungsrechts gerichtlich oder nichtgerichtlich die Geldsumme, so ist es, wie wenn Geld gepfändet worden wäre: die Zahlung führt zur direkten Befriedigung. Ist aber die gepfändete Forderung auf etwas anderes gerichtet als Geld — z. B. auf Getreide, während der Vollstreckungsgläubiger Geld fordert —, so kann der pfändende Gläubiger im Gefolge der Überweisung nur verlangen, daß dieser Erfüllungsgegenstand in gleicher Art der Zwangsvollstreckung dargeboten wird, wie wenn die Zwangsvollstreckung sich von Anfang an auf diesen Gegenstand bezogen hätte: der Gegenstand ist einem Gerichtsvollzieher zu übermitteln und von diesem durch Versteigerung zu verwerten; der Gerichtsvollzieher ist vom Gläubiger zu bezeichnen (§ 847 ZPO.; vgl. § 1287 BGB.) [3]. Ist die gepfändete Forderung eine Forderung auf Geld, so gilt noch etwas Besonderes: der Gläubiger kann hier auch eine andere Verwertung der Forderung erzielen, nämlich die Verwertung dadurch, daß diese Forderung ihm an Zahlungs Statt überwiesen wird; dies geschieht ebenfalls durch Überweisungsbeschluß (§ 835 mit § 829 Abs. 3), der aber hier die zivilistische Bedeutung hat, daß er die Forderung an den Pfändungsgläubiger „zu Eigentum" überträgt: der Gläubiger erlangt hier die gepfändete Forderung kraft datio in solutum, infolge welcher seine Forderung getilgt wird. Handelt es sich um eine Buchhypothek, so muß *diese* Überweisung in das Grundbuch eingetragen werden (§ 837 ZPO.), da ja bisher nur ein Wertrecht an der Hypothek eingetragen war und jetzt die Hypothek selbst übergegangen ist.

Das Geld, das durch Vollstreckungsmaßnahmen erzielt wird, nimmt der Gläubiger ins Wertrecht; das Wertrecht wandelt er aber sofort selbst zum Eigentum um und macht sich damit bezahlt, jedoch nur unter der Bedingung, daß es nicht zur Hinterlegung des Geldes kommt, was im Falle der Differenzen geschehen muß: haben nämlich mehrere Gläubiger ein Wertrecht an der Geldsumme, so kann die Verwandlung in das Eigentum der einzelnen nur kraft ihrer Einwilligung geschehen oder kraft vollstreckungsgerichtlicher Festsetzung: diese erfolgt in einem Untersuchungsverfahren (S. 305): die verschiedenen Gläubiger werden geladen, und es wird ihnen Gelegenheit gegeben, gegen die vom Gericht versuchsweise gemachte Verteilungsaufstellung Widerspruch einzulegen. Die Nichteinlegung des Widerspruchs bewirkt, daß der richterliche Entwurf dem

---

[1] Bestritten, Z. f. Zivilprozeß XXXVIII S. 462.

[2] Wird Geld gepfändet, so bedarf es keiner Versteigerung, sondern nur der Ansichnahme durch den Gerichtsvollzieher; hier wird das Pfandrecht dadurch ausgeübt, daß es in das Eigentum des Gläubigers verwandelt wird (§ 815 ZPO.). Frühere Rechte gaben auch andere Sachen als Geld dem Gläubiger an Zahlungs Statt, behielten dann wohl auch dem Schuldner einige Zeit lang das Einlösungsrecht vor, so *Como* (1218) a. 316 (Mon. hist. patr. XVI p. 207) und viele andere.

[3] Handelt es sich um einen Anspruch auf Eigentumsübertragung einer unbeweglichen Sache, so ist sie einem Sequester zu übergeben und dann auf dem Wege der Zwangsversteigerung zu verwerten. Ein solcher Anspruch auf Eigentumsübertragung liegt aber nicht vor, wenn der Eigentümer das Grundstück aufgelassen hat, sollte auch die Eintragung ins Grundbuch noch nicht erfolgt sein, OLG. Jena 29. 7. 1911 *Mugdan* XXIII S. 214: mit der Auflassung ist der wesentliche Akt schon vollzogen.

Nichtwidersprechenden gegenüber maßgebend wird. Widerspricht ein Gläubiger, so wird mit Anschlußklage geholfen: es wird dem Widersprechenden überlassen, innerhalb einer Frist (von einem Monat) den Widerspruch klagend geltend zu machen; zuständig ist das Verteilungsgericht oder das ihm übergeordnete Landgericht.

Wird von dem Widersprechenden die Klage innerhalb des Monats nicht erhoben oder dies dem Verteilungsgericht nicht angezeigt, so geht zwar sein durch den Widerspruch gewahrtes Recht nicht verloren, es erfolgt aber Zahlung, also Verwandlung des Wertrechts in das Eigentum der einzelnen nach Maßgabe des gerichtlichen Verteilungsplanes, allerdings unter dem Vorbehalt der Bereicherungsansprüche gegen diejenigen, welche im Widerspruch mit seinem zivilistischen Rechte Beträge empfangen haben (§§ 287 ff. ZPO.).

Hier seien noch zwei Ungelegenheiten erwähnt, die im Laufe der Wertvollstreckung entstehen können.

Eine große Ungelegenheit entsteht durch die Genesis der Briefhypothek. Die Eintragung in das Grundbuch bewirkt zunächst eine Eigentümerhypothek, welche durch Übergabe des Hypothekenbriefes zur Briefhypothek wird. In diesem Zwischenstadium kann nun möglicherweise der Gläubiger den Eigentümer stören, indem er die Eigentümerhypothek pfändet. Das muß als unzulässig gelten, denn es ist die Benutzung eines Zwischenstadiums innerhalb des ordnungsgemäßen Hypothekenbestellungsverfahrens gegen den Charakter des ganzen Instituts, indem man einen aus mehreren Teilen bestehenden Rechtsakt naturwidrig zergliedert. In einem solchen Falle steht der Pfändung eine Arglisteinrede entgegen [1].

Ein zweiter Fall, der heutzutage gerade zur Misere geworden ist, ist folgender: Jemand macht, um seinem Gläubiger zu entgehen, mit seinem Arbeitgeber aus, daß er ihm jährlich 1500 Mark als Vergütung zahlt und einen anderen Betrag, nehmen wir zum Beispiel 3000 Mark an, an seine Frau. Man hat angenommen, daß in diesem Falle die Gläubiger das Nachsehen hätten, denn die 1500 Mark können sie nicht pfänden, die 3000 Mark aber gehören der Frau und sind daher der Pfändung entzogen! Dies ist unrichtig; die Gläubiger können dagegen vorgehen, denn der Akt ist eine Umgehung: der Schuldner bekommt die 3000 Mk. indirekt, weil sie in sein Hauswesen fließen und der Hausverwaltung dienen.

3. Vollstreckung auf unbewegliches Vermögen.

§ 96. Auch bei Grundstücken führt die Vollstreckung zu einem Wertrecht und zur entsprechenden Verwertung und Verteilung; diese ist geregelt durch das Gesetz über Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897, neu bekanntgemacht am 20. Mai 1898. Die Pfändung heißt zwar nicht Pfändung, sondern Beschlagnahme, hat aber den Charakter der Pfändung, denn es entsteht dadurch eine Art von Vorgangsrecht des Erstpfänders gegen die nachfolgenden, es entsteht dadurch eine Verhaftung der Zubehörstücke, und die Beschlagnahme gewährt auch ein Absonderungsrecht im Konkurs (§§ 20 f. ZVG., § 13 KO., §§ 1120, 1971 BGB.). Sie erfolgt durch den Beschluß, welcher die Zwangsversteigerung anordnet, und welcher mit der Zustellung an den Schuldner oder auch mit dem Moment, wo das Grundbuchamt zum Eintrag ersucht wird, in Kraft tritt. Sie setzt voraus, daß der Schuldner (oder sein Erblasser) im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist (§ 17 ZVG.). Der Beschluß wie das weitere Verfahren erfolgten durch das Amtsgericht der gelegenen Sache (§ 1 ZVG.); landesgesetzlich kann das weitere Verfahren den Notaren überlassen werden, z. B. in Bayern (§§ 13 EG. zu ZVG. und a. 25 des bayr. AusfG. zum ZVG.). Auf die Beschlagnahme des Grundstückes (samt Zubehör [2]) folgt dann die Bestimmung des Versteigerungstermins und das Weitere. Für die Verwertung durch Versteigerung hat man einige Grundsätze aufgestellt, die aber in der Tat keine Neuerfindungen sind, sondern sich aus den allgemeinen Rechtsregeln ergeben, nämlich das Deckungsprinzip (Prinzip des geringsten Gebotes) und das Übernahmeprinzip. Damit verhält es sich wie folgt: Während nach römischem Rechte nur

[1] Anders das RG. 2. 3. 1906 Entsch. 63 S. 14.

[2] Vgl. §§ 21, 55 ZVG., ein dritter Eigentümer kann Aussonderung des Zubehörs verlangen, § 37 Z. 5 ZVG., RG. 16. 1. 1909 JW. 38 S. 144.

der erste Hypothekar die Sache verwerten konnte, steht nach deutschem Recht einem jeden Gläubiger, also nicht nur einem nachträglichen Hypothekar, sondern auch einem nichthypothekarischen Gläubiger, die Befugnis zu, die Sache zur Zwangsvollstreckung zu bringen. Allein dies kann nur geschehen unter Vorbehalt des Rechts der Vorgänger, woraus sich von selbst ergibt: der betreibende Gläubiger kann das Grundstück nur in der Art zur Verwertung bringen, daß alle ihm vorgehenden Rechte auf dem Grundstück bleiben und auf den Ersteher mit übergehen. Daraus ergibt sich von selbst das eine wie das andere Prinzip: die vorgehenden Hypotheken gehen unberührt über, und nur wenn das Grundstück so übernommen wird, kann die Versteigerung vor sich gehen [1]; wozu allerdings auch noch die Tilgung gewisser privilegierter Barbeträge hinzukommen muß, vor allem die Zahlung der landwirtschaftlichen Arbeiter, die Grundsteuer und die zweijährigen Hypothekenzinsen der vorgehenden Gläubiger. (Geringstes Gebot.) Früher hat man gegen diese Prinzipien viel gefehlt; dadurch wurde die vorgehende Hypothek sehr geschädigt, namentlich wenn zu einem ungünstigen Zeitpunkt versteigert wurde, und völlig sinnlos war es, daß man auch die vorgehende Hypothek zur Barzahlung trieb, während diese doch ruhig ihr Geld sitzen lassen wollte.

Heutzutage hat man sich ziemlich allgemein zu obigem System bekehrt, welches auch die deutsche ZVG. §§ 44—52 aufgestellt hat. Dazu kommt noch das gleiche System wie bei der Privatveräußerung: der Erwerber übernimmt nicht nur die Hypothek, sondern auch die persönliche Schuld, und der bisherige Schuldner wird befreit, wenn nicht der Gläubiger auf schriftliche Benachrichtigung innerhalb sechs Monaten den Ersteher als neuen Schuldner ablehnt (§ 416 BGB., § 53 ZVG.).

Die Folge ist daher, daß es zur Barzahlung nur kommt 1. in bezug auf die bezeichneten privilegierten Beträge, 2. in bezug auf das, was nach Übernahme der vorhergehenden Hypothek weiter bezahlt wird, also was zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers und derjenigen, welche hinter ihm stehen, dienen soll. Man spricht daher von privilegiertem und gewöhnlichem Barerlös (§ 49 ZVG.). Bei der Versteigerung wird nur die Barsumme geboten und hiernach hinaufgesteigert; die Übernahme der im geringsten Gebot enthaltenen Hypotheken versteht sich von selbst: „ihre Summe wird nicht eingesteigert".

Formalistische Schwierigkeiten ergeben sich, wenn dem Eigentümer des Grundstückes Eigentümergrundschulden zustehen und dritte Gläubiger auf sie greifen wollen; die Schwierigkeiten könnten durch eine kluge Regelung der Eigentümergrundschuld leicht überwunden werden. Ernstliche Schwierigkeiten aber bereitet die Gesamthypothek [2]. Wird nur ein Grundstück, auf dem die Gesamthypothek ruht, unter den Hammer gebracht, dann kann diese nach unserem Recht unweigerlich nur in ihrer Totalität berücksichtigt werden; werden aber mehrere gesamthaftende Grundstücke zusammen versteigert, dann ist auf Antrag die Haftung zu trennen und jedem Grundstück ein Teil zuzuweisen, der dem Wertverhältnis der Grundstücke untereinander entspricht. Die Folge ist, daß, wenn die Gesamthypothek innerhalb des geringsten Gebotes steht, sie nicht mehr als Gesamthypothek, sondern als Hypothek für Teile der Forderung auf den verschiedenen Grundstücken übernommen wird, also z. B. auf das Grundstück A ⅓, B ⅓, C ⅓. Das wäre dem Grundstück vorteilhaft, aber es könnte die Lage des Gläubigers beeinträchtigen, denn man nimmt ihm hierdurch gerade die Gesamthaftung, die für ihn eine Lebensfrage sein kann. In diesem Zwiespalt hat man sich folgenderweise geholfen: man gibt ihm die Befugnis, zu verlangen, daß ihm die Gesamtsumme bar bezahlt wird; jetzt ist er gedeckt, denn der Zuschlag wird nur erteilt, wenn er vollständige Befriedigung erhält (§§ 64, 83 ZVG.). Fällt die Gesamthypothek nicht ins geringste Gebot, sondern unter den Barerlös, so hat der Gläubiger das Recht, ihn beliebig unter den Barerlös der verschiedenen Grundstücke zu verteilen; verteilt er ihn nicht, so wird er nach Verhältnis der Grundstückserlöse verteilt (§ 122 ZVG., § 1132 BGB.).

Das Bargebot ist auf sofortige Zahlung gerichtet, jedoch können Fristen gewährt werden, und insbesondere ist folgendes System möglich: ein Dritter meldet sich, läßt sich die fristweise Zahlung zuweisen und entrichtet dafür eine Barsumme; diese Barsumme wird natürlich

[1] Diese Hypotheken werden, soweit sie sich aus dem Grundbuch ergeben, ebenso wie die eingetragenen sonstigen dinglichen Rechte, von Amts wegen berücksichtigt, § 9 ZVG.; vgl. RG. 13. 11. 1911 Z. f. Els.Lothr. 37 S. 165.

[2] Man vgl. RG. 22. 11. 1906 Entsch. 64 S. 308, 3. 2. 1909 JW. 38 S. 167.

regelmäßig etwas unter dem Nominalbetrag der befristeten Zahlungen stehen; allein, sie kann höher als jedes unmittelbare Bargebot sein: dann geht es vor, und damit ist den Anforderungen abgeholfen; die Gläubiger bekommen mehr als bei dem reinen Angebot, der Ersteher hat die Bequemlichkeit der Fristen (es ist das sogenannte badische, d. h. früher schon in Baden übliche System), §§ 60, 61 ZVG.

Der Zuschlag erfolgt durch Beschluß; er bezeichnet die maßgebenden Versteigerungsbedingungen; gegen den Beschluß ist sofortige Beschwerde statthaft. Mit dem Zuschlag geht das Eigentum auf den Ersteher über (§ 90 ZVG.). Bestehende Miet- und Pachtverträge hat er auszuhalten, vorbehaltlich des Rechts der Kündigung in gesetzlicher Frist (§ 57 ZVG.) und vorbehaltlich der Vorausverfügung über die Mietzinsen nach § 573 BGB. Über die Verteilung des Erlöses findet nach Rechtsähnlichkeit des früher Entwickelten (S. 373 f.) ein Verteilungsverfahren statt; doch müssen hierbei die im Grundbuch eingetragenen Berechtigungen von selbst berücksichtigt werden, auch wenn sie keinen vollstreckbaren Titel haben, vorbehaltlich des nötigenfalls gerichtlich auszutragenden Widerspruchs.

Soweit der Ersteher die Barsumme nicht sofort zahlt, tritt die Barerlösforderung an Stelle des Grundstückes [1], sie kommt also den Gläubigern nach Maßgabe ihrer Vorrechte zu; das Gericht hat daher die Gläubiger dementsprechend auf diese Summe anzuweisen und für sie eine Sicherungshypothek in dem Range ihres Gläubigerrechts einzutragen [2]. Außerdem ist der Eintrieb dieser Summe, sowohl was das Grundstück, als auch, was das sonstige Vermögen des Erstehers betrifft, besonders erleichtert (§§ 128, 132 ZVG.).

Die Zwangsversteigerung ist aber nicht die einzige Art der Zwangsvollstreckung auf Grundstücke. Möglich ist auch die Zwangsverwaltung, d. h. eine Verwertung des Grundstücks in der Art des Nutzpfandes. Die Zwangsverwaltung kann mit der Zwangsversteigerung verbunden sein (§ 866 ZPO.); sie hat den Vorteil, daß, während bei der Zwangsversteigerung der Schuldner (von Ausnahmen abgesehen, §§ 24, 25 ZVG.) bis zum Zuschlag in der Verwaltung und Benutzung des Grundstücks bleibt, diese sofort an einen vom Gericht aufgestellten Verwalter übergeht, der als Vertreter der Beteiligten das Nutzpfand am Grundstück ausübt, weshalb auch die Früchte und Miet- und Pachtzinsen sofort in die Vollstreckung gezogen werden [3]; doch soll er den Schuldner, der im Grundstück wohnt, soweit tunlich, wohnen lassen (§§ 146 ff. ZVG.).

Das Nutzpfand gibt die Mittel zur Befriedigung der öffentlichen Kosten, der Arbeitslöhne und der Zinsen; hierwegen ist für die ganze Dauer der Zwangsverwaltung ein Teilungsplan aufzustellen. Es kann auch Deckung für Forderungskapitalien ergeben, in welchem Falle ein besonderer Termin zur Feststellung und Rechtfertigung stattfindet (§ 158 ZVG.).

Für die Geschäftsführung der Zwangsverwalter können die Landesgesetzgebungen Anordnungen treffen (§ 14 EG. zur ZVG.); dies ist z. B. in Preußen geschehen durch Ministerialverordnung vom 8. Dezember 1899; hier sind auch Zwangsverwaltungsinspektoren als Kontrollbeamte vorgesehen. Über bureaukratischen Betrieb bei der Zwangsverwaltung wird von den Kreditinstituten manchmal geklagt.

Die glimpflichste Weise der Zwangsvollstreckung in Grundstücke ist die Eintragung einer Sicherungshypothek für die einzutreibende Forderung (§ 866 ZPO.). Das Grundbuchamt ist hier die Vollstreckungsbehörde.

Die Erfahrungen, die man früher, namentlich im badisch-französischen Recht, gemacht hatte, führten dazu, diese Sicherungshypothek nur für Beträge von über 300 Mark zuzulassen, weil sonst das Grundbuch mit lauter Kleinigkeiten überlastet würde. Darum kann zwar eine Eintragung stattfinden, wenn ein einziger vollstreckbarer Titel, z. B. ein Urteil über 300 Mark, aus kleineren Posten entstanden ist, nicht aber, wenn mehrere Vollstreckungstitel unter diesem Betrag vorhanden sind, die zusammen die Summe von 300 Mark überschreiten. Hierüber herrscht allerdings ein (unberechtigter) Streit [4]. Auch eine Gesamthypothek ist auf diesem Wege

[1] Kraft Subrogation; vgl. RG. 13. 7. 1909 Entsch. 71 S. 404.

[2] Welche Sicherungshypothek gewisse Eigentümlichkeiten hat, §§ 128, 129 ZVG.

[3] Allerdings wird durch Vorausszession der Mietzieler dieser Zweck vielfach vereitelt, § 1124 BGB.

[4] Gilt die Beschränkung auch für die Arresthypothek? Bejahend RG. 15. 3. 1906 Entsch. 60 S. 279. Es ist aber zu verneinen, da dies die einzige Weise ist, wie ein Arrestbefehl auf Grundstücke geltend gemacht werden kann. Vgl. S. 397.

nicht statthaft, sondern die hypothekarische Belastung ist nach Angabe des Gläubigers unter die Grundstücke zu verteilen; denn Gesamthypotheken sind ein Übel, das, wo immer möglich, vermieden werden soll (§§ 866, 867 ZPO.).

4. Hindernisse der Vollstreckung.

§ 97. Findet die Vollstreckung statt an Vermögensstücken, die dritten Personen, nicht dem Schuldner gehören, so treten zwar die öffentlich-rechtlichen Folgen der Vollstreckung ein, allein ohne privatrechtliches Ergebnis, ohne Wertrecht, ohne den entsprechenden Gläubigererlös; noch mehr, es ist Sache der Beteiligten, dahin zu wirken, daß der öffentlich-rechtliche Beschlag aufgehoben und das Eigentum des Dritten befreit werde, und vor allem hat dieses Recht der Eigentümer der Sache selbst, aber auch der etwaige Nichteigentümer, welchem ein Herausgabeanspruch zusteht, z. B. der Verleiher der Sache oder der Hinterleger.

Man hat diesen Anspruch völlig mißverstanden. Man hat behauptet, er sei gegen die öffentliche Tätigkeit des Staates gerichtet und stelle daher eine Art von Rechtsmittel dar, welches einem, wenn nicht fehlerhaften, so doch objektiv ungeeigneten öffentlichen Akte entgegentrete. Dies ist unzutreffend. Der Staat handelt, wenn er sich innerhalb der Besitzlage des Schuldners hält, völlig in seiner Berechtigung; er kann sich, wenigstens bei beweglichen Sachen, um die Eigentumsverhältnisse nicht kümmern. Das objektive Unrecht liegt lediglich an dem Kläger, der es zuläßt, daß die Vollstreckung auf solche im Besitz des Schuldners befindlichen Sachen erstreckt wird, die dem Schuldner nicht angehören, und deren Beschlag in das Recht eines Dritten eingreift. Die Richtigkeit dieses Gesichtspunktes ergibt sich aus folgendem: Es ist dem Kläger gestattet, zu bestimmen, daß die Vollstreckung sich nicht auf gewisse Vermögensgegenstände beziehen solle; macht er keine solche Beschränkung, oder bezeichnet er ausdrücklich Gegenstände, die fremdes Eigentum sind, als Vollstreckungsgegenstände, so bewirkt er durch die Stellung und Nichtstellung des Antrags den Eingriff in fremdes Recht. Tritt daher der Sachberechtigte der Vollstreckung entgegen, so tritt er *ihm* entgegen, und dies ist ein Streit von Privatperson gegen Privatperson, ganz ähnlich wie im Konkurs, wenn der Drittberechtigte verlangt, daß Gegenstände, die dem Gemeinschuldner nicht gehören, aus der Konkursmasse ausgesondert werden sollen. Und wenn daher der Berechtigte Aussonderungsklage erhebt[1], so ist dies keine Beschwerung gegen den Richter, sondern es ist Erhebung eines privatrechtlichen Anspruchs gegen den Kläger auf Aussonderung, welche ihn zwingen soll, von der vollstreckenden Tätigkeit abzulassen, also eine Art von *actio negatoria*[2]. Wie bemerkt, kann die Klage nicht nur von dem Eigentümer erhoben werden[3], sondern auch von irgendeinem Drittberechtigten, der einen Anspruch auf Herausgabe der Sache hat und zur Geltung bringen will, daß der Kläger verpflichtet sei, sie von der Vollstreckungstätigkeit aus-

[1] Sie findet sich auch bei *Beaumanoir* c. 54, 3: Ce n'est pas merveille quant il convient penre les biens d'aucun por dete, s'on prent les cozes c'on voit en son pooir, si comme ce qui est en se meson ou en son commandement. Neporquant, se autres vient avant qui proeve le coze prise à soie, il le doit r'avoir ; mais il doit dire et metre en voir la cause por quoi ele estoit en le main de celi sor qui ele fu prise, si comme se il l'avoit prestée, ou louée, ou baillié en garde ; car par tex cozes a on le saizine de autrui cozes, et c'est bon à savoir por oster les fraudes ; und in den französischen Coutumes, z. B. Orléans (1509) a. 359: si celuy opposant maintient lesdits biens luy appartenir, il y sera receu, et de ce seront lesdits opposants et le debteur creuz par leurserment. So auch *Orléans* (1583) a. 456. Ferner *Civitavecchia* (1451) a. 14.

[2] Mit allen Wirkungen einer negatoria. Wird der Kläger abgewiesen, so kann er nicht etwa gegen den pfändenden Gläubiger eine Bereicherungsklage anstellen. Unrichtig RG. 3. 11. 1908 Entsch. 70 S. 25.

[3] Besonderheiten gelten bezüglich des eingebrachten und Gesamtgutes nach § 741, 774 ZPO.: Ist gegen ein Erwerbsgeschäft der Ehefrau ein Einspruch (Widerruf) des Mannes nicht eingetragen, so findet gegen diese Vermögensmasse aus Schulden der Ehefrau die Vollstreckung statt, wie wenn der Ehemann diese Schulden genehmigt hätte. Dies wird in der Regel gerechtfertigt sein; nun kann aber: 1. die Schuld der Frau aus einem anderen Grunde stammen, als dem Erwerbsgeschäft; 2. der Ehemann den Einspruch deshalb unterlassen habe, weil er das Erwerbsgeschäft nicht kannte; 3. die Eintragung deshalb unnötig sein, weil der Gläubiger den Einspruch kannte (§§ 1405, 1435, 1452, 1519, 1550). Aus all diesen Gründen kann der Ehemann kraft seines dinglichen Rechts die Widerspruchsklage haben.

zunehmen; so wer dem Schuldner eine Sache geliehen hat, auch wenn die Sache eine fremde ist und dem Verleiher nicht gehört; ebenso aber auch der anfechtende Gläubiger, wenn er behauptet, daß der vollstreckende Gläubiger ein durch actio Pauliana anfechtbares Forderungsrecht habe und daher nicht berechtigt sei, das Pfändungspfandrecht ihm zum Nachteil auszuüben [1]. Daß das Gericht auf Antrag eine einstweilige Hemmung der Vollstreckung eintreten lassen kann, steht mit diesem Sachverhalt natürlich nicht im Widerspruch, ebensowenig, daß, sobald der Kläger durch Urteil für verpflichtet erklärt ist, den Gegenstand von der Vollstreckung auszunehmen, die Gerichtsorgane gleichfalls schuldig sind, nicht mehr an diesem Gegenstand Vollstreckungstätigkeiten auszuüben. Denn es versteht sich von selber, daß, wenn eine Tätigkeit des Klägers als rechtsverletzend erklärt wird, das Gericht sie nicht mehr unterstützen darf (§ 771 ZPO.) [2].

Die Widerrechtlichkeit geschieht durch den Vollstreckungsakt; ausschließlich zuständig für die Aussonderungsklage ist das Gericht, welches die Zwangsvollstreckung vorgenommen oder in dessen Bezirk der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung vollzogen hat (§ 771), bei Forderungspfändungen (auch wenn die Forderung hypothekarisch gesichert ist) das Vollstreckungsgericht (bzw. das entsprechende Landgericht) [3].

Daß es sich in dieser Beziehung um privatrechtliche Verhältnisse handelt, geht auch aus folgendem hervor: auch wenn keine Aussonderungsklage erhoben ist, handelt der Kläger rechtswidrig, wenn er, obgleich wissend, daß es sich um eine fremde Sache handelt, die Vollstreckung weiter geschehen läßt. Es handelt sich um ein Unrecht, für das er zivilrechtlich, ja selbst strafrechtlich, verantwortlich gemacht werden kann; und handelte er ohne Vorsatz, so kann er mindestens für die Bereicherung haftbar werden.

Die Aussonderungsklage kann auch bei Vollstreckung gegen Grundstücke vorkommen; hier aber liegt dem Vollstreckungsrichter das Grundbuch (der Auszug des Grundbuchamtes) vor: ergibt sich daraus ein die Vollstreckung ausschließendes Recht eines Dritten, so hat das Vollstreckungsgericht von sich aus die Vollstreckung aufzuheben oder doch (bis zur Hebung des Hindernisses) einzustellen; denn die Vollstreckung soll nicht erfolgen, wenn nicht wenigstens eine äußerliche Verbindung des Vermögens mit dem Schuldner gegeben ist (§ 28 ZVG.).

5. Konkursrecht.

a) Allgemeines.

§ 98. Das Wesen des Konkurses besteht in der Gemeinschaftlichkeit der Vollstreckungstätigkeit, durch welche versucht wird, ein möglichst gerechtes und vorteilhaftes Ergebnis zu erzielen; weshalb auch die Gesamtvollstreckung des Konkurses jede Einzelvollstreckung ausschließt. Die Gläubiger des Gemeinschuldners (oder Gantschuldners) bilden eine Verlustgemeinschaft, und hier ist es wie bei jeder Verlustgemeinschaft angemessen, daß sie sich zu gleichen Teilen in den Verlust teilen und nicht etwa nach Zufall, nach zeitlichem Vorgang und anderen Umständen, welche ein Vorrecht nicht zu rechtfertigen vermögen. Diese Verlustgemeinschaft kann nun aber in verschiedener Weise tätig werden. Die eine Art ist die der Selbsthilfe, die andere besteht darin, daß die Gläubigerschaft sich dem Gerichte unterwirft und alles der gerichtlichen Tätigkeit überläßt. Die verschiedenen Konkursrechte neigen sich nach dem einen oder anderen System. Das erste System der Selbsthilfe entspricht dem römischen und dem langobardischen Recht, das andere dem fränkisch-gotischen Recht. Es ist daher begreiflich, daß das erstere sich hauptsächlich in Italien entwickelt hat, von wo es nach Frankreich kam und dort das fränkische System überwand. Das andere — wir nennen es das bureaukratische System — hat seine Entwicklung in Spanien gefunden und ist von da in das gemeine Recht übergegangen; hier hat das Werk des Spaniers Salgado de Samoza († 1664) „Labyrinthus creditorum" einen maßgebenden Einfluß ausgeübt. Das moderne Recht strebt dahin, dieses bureaukratische System zu verbannen und dem italienischen Verfahren den Vorzug zu geben: dies war der Gedanke der preußischen

[1] OLG. Hamm 24. 10. 1910 ZZP. 42 S. 195.

[2] So muß auch die Post entsprechen, wenn eine einstweilige Verfügung bestimmt, daß Briefe mit einer bestimmten Firmenadresse dem A., nicht dem B. gehören u. a.

[3] RG. 22. 3. 1907 Entsch. 68 S 376.

Konkursordnung vom 8. Mai 1855, und dies ist auch der Grundgedanke unserer deutschen Konkursordnung, die zuerst am 10. Februar 1877 erging, am 1. Oktober 1879 in Kraft trat, dann aber durch Gesetz vom 17. Mai 1898 geändert, am 20. Mai 1898 neu bekannt gemacht wurde und in dieser Gestalt vom 1. Januar 1900 an in Wirksamkeit ist.

Diese Art der Selbsthilfe unter Aufsicht des Gerichts muß als Vollstreckungsverfahren bezeichnet werden, denn die Selbsthilfe ist geregelt und überwacht. Zu diesem Zwecke bilden die Gläubiger, welche sich beim Konkurs beteiligen, eine Gemeinschaft, die sogenannte Konkursgemeinschaft. Hierzu gehören natürlich nicht nur diejenigen, die wirklich Gläubiger sind, sondern alle diejenigen, welche sich als Gläubiger angeben, denn die Gemeinschaft ist eine prozessualische, nicht eine materiell-rechtliche. Man sollte nun glauben, daß hierzu nur solche Personen zugelassen würden, welche bereits einen vollstreckbaren Titel für sich haben; denn die Vollstreckung verlangt regelmäßig ein durch Vollstreckungstitel gesteigertes Persönlichkeitsrecht. Beim Konkurs ist eine solche Steigerung nicht erforderlich; schon die Gesamtheit sorgt dafür, daß der einzelne, dem der vollstreckbare Titel fehlt, keinen Mißbrauch treibt. Man läßt daher alle, welche sich als Gläubiger melden, zunächst zur Konkursgemeinschaft zu, bestimmt aber dann, daß in einem besonderen Verfahren über das Gläubigerrecht des einzelnen entschieden werde, so daß die Nichtgläubiger allmählich ausgestoßen und die Konkursgemeinschaft auf die materiellen Gläubiger beschränkt wird. Dies ist die wichtige Aufgabe des Konkursfeststellungsverfahrens.

Die prozessualische Konkursgemeinschaft hat als Organ den Konkursverwalter; sie darf nur durch dieses Organ handeln. Obgleich sie als Gemeinschaft nicht eine juristische Person ist, so bedarf sie wie die juristische Persönlichkeit eines Organs, und kann nur durch ein solches Organ tätig werden. Der Grund ist der: dieses Organ steht zugleich unter richterlicher Aufsicht, und auf solche Weise wird die ganze Selbsthilfetätigkeit der Gläubiger der gerichtlichen Fürsorge unterworfen[1]. Im übrigen kann die Konkursgemeinschaft sich betätigen in der Gläubigerversammlung und im sogenannten Gläubigerausschuß. Erstere ist das oberste Organ des Konkurses; sie wird vom Konkursgericht berufen und verhandelt unter Leitung des Konkursgerichts, wobei die Gläubiger nach Forderungen stimmen (über deren Höhe im Streit das Gericht eine einstweilige Entscheidung gibt). Der letztere ist ein Hilfsorgan zum Zweck der Beaufsichtigung des Konkursverwalters, dem mitunter auch noch andere Tätigkeiten obliegen; ein Hilfsorgan, das aber nicht notwendig, sondern nur fakulativ ist und nur in einem kleineren Teile aller Konkurse vorkommt; so §§ 78 ff., 87 ff., 93 ff., 129 ff. KO.

Die Gläubigerschaft kann nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sein; die Schulden der Gläubigerschaft sind Masseschulden (Masseschulden, Massekosten): für sie haftet die Gläubigerschaft, aber nur mit ihrem Beschlagsrecht (§§ 57—60 KO.). Wird das Vermögen schlecht behandelt, und entsteht dadurch ein Schaden für den Gesamtschuldner, so haftet diesem die Gläubigerschaft nicht, wohl aber ihr Organ, der Konkursverwalter[2].

Das Konkursgericht wirkt als staatliches Oberaufsichtsorgan; es hat den Konkurs durch Beschluß zu eröffnen und zu schließen. Konkursgericht ist das Amtsgericht, und zwar zunächst der gewerblichen Niederlassung, sodann des Wohnsitzes; ist weder das eine noch das andere in Deutschland vorhanden, dann das Amtsgericht der etwaigen landwirtschaftlichen Niederlassung (§§ 71, 238 KO.).

b) Vollstreckbarer Titel: Konkurseröffnungsbeschluß.

§ 99. Der Konkurs bedarf eines vollstreckbaren Titels nicht für den einzelnen Gläubiger, wohl aber für die Gläubigerschaft als Konkursgemeinschaft. Der vollstreckbare Titel ist die Konkurseröffnung. Sie erfolgt durch richterlichen Beschluß, regelmäßig im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, d. h. wenn dieser sich außer Lage sieht, die Geldansprüche zu befriedigen, die ihm berechtigtermaßen angesonnen werden. Die Zahlungsunfähigkeit bekundet sich meist durch die Zahlungseinstellung, d. h. durch die Erklärung, mangels der Geldhilfsmittel nicht zahlen zu können[3]. Mitunter, namentlich bei Aktiengesellschaften, Vereinen, Stiftungen,

[1] Über die Stellung des Konkursverwalters vgl. auch Dernburg-Kohler VI S. 590.
[2] RG. 25. 11. 1911 JW. 41 S. 202.
[3] Kann der Schuldner einiges zahlen, anderes nicht, so kommt es darauf an, ob die Nichtzahlung, mit Rücksicht auf die Größe der Schulden, die Regel bildet, RG. 15. 12. 1911 JW. 1912 S. 306.

genügt Überschuldung, d. h. eine Vermögenslage mit Überwiegen der Passiven (§§ 102 ff., 207 ff. KO.).

Manche Gesetze gestatten die Konkurseröffnung von Amts wegen, wir nur auf Antrag. Der Antrag kann verschiedene Bedeutung haben: wenn ihn der Schuldner stellt, so ist dies eine Vermögensabtretung, d. h. eine Übertragung des Vermögens von seiten des Schuldners in das Gläubigerbeschlagsrecht; etwas, was man besonders begünstigt, weil, je früher der Konkurs eintritt, desto mehr die Interessen der Gläubiger gewahrt werden können, während ein Hinauszögern meist die Lage aller außerordentlich verschlimmert. Man nennt einen solchen Konkurs auch freiwilligen Konkurs. Im Gegensatz hierzu steht der Konkurs auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger: dieser Antrag ist Vollstreckungsantrag. Unsere Konkursordnung läßt einen jeden, auch einen geringfügigen Gläubiger, zum Konkursantrag zu. Das geht zu weit, und mit Recht hat das englische und amerikanische Gesetz bei einer derartigen tiefeingreifenden Maßregel Beschränkungen gesetzt und namentlich einen bestimmten Gläubigerbetrag verlangt (§§ 103 f. KO.).

Eine dritte Art der Konkursveranlassung ist es, wenn der Schuldner nicht in seiner vollen Persönlichkeit den Antrag stellt; dies ist der Fall bei juristischen Personen, namentlich Vereinen und Handelsgesellschaften, wenn nicht alle Vorstandsmitglieder (alle offenen Gesellschafter), sondern nur einer oder mehrere derselben den Antrag stellen (§§ 102 ff., 207 ff. KO.).

Eine vierte Art endlich ist der Antrag der Aufsichtsbehörde; es ist dies der Fall bei Versicherungsgesellschaften, nach dem Privatversicherungsgesetz vom 12. Mai 1901 (§ 68).

c) Stellung des Gantschuldners.

§ 100. Von jeher hat man den nicht zahlenden Schuldner mehr oder minder bedrückt; früher ging man ihm an Leib und Leben, später an Ehre und Freiheit[1]; dies hat man aufgegeben; doch bleiben auch jetzt noch manche Erniedrigungen dem Gantschuldner nicht erspart: denn einerseits will man ihm, dessen Vermögen in fremder Verwaltung ist, und der auf solche Weise die Selbständigkeit verloren hat, nicht die volle Initiative eines freien Bürgers zugestehen: auf der anderen Seite bedurfte die Gläubigerschaft von jeher besonderer Zwangsmittel gegen den Gantschuldner, um das Vermögen zu sichern, und um die zur Verwertung nötige Auskunft zu erlangen. So kommt es, daß der Gantschuldner ganz persönlichen Eingriffen unterworfen wird, die man bei der sonstigen Zwangsvollstreckung den Gläubigern nimmer zugesteht. Namentlich gehört hierher der Wohnortszwang, die Befugnis, den Gantschuldner zu verhaften, und sodann die Befugnis des Briefbeschlags, welchen sonst nur der Strafprozeß kennt (§§ 100 f., 121 KO.). Im übrigen aber behält er sein Persönlichkeitsrecht, er bleibt rechts- und geschäftsfähig.

d) Beschlagsrecht.

α) Allgemeines.

§ 101. Wie die gewöhnliche Vollstreckung so verschafft die Konkurseröffnung den Gläubigern ein Wertrecht am Vermögen des Schuldners, und zwar ein Wertrecht in der Art des sozialen Beschlagsrechts[2], welches nicht nur die Befugnis der Veräußerung gibt, sondern die Befugnis jedweder Verwertung.

---

[1] Vgl. mein Werk „Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz" (1883).

[2] Daß man gegen das Beschlagsrecht immer noch Einwände macht, muß um so mehr auffallen, als bis jetzt noch keine andere Konstruktion gefunden worden ist, welche die Erscheinungen des Konkurses wissenschaftlich erklären könnte, insbesondere die, daß der Gantschuldner völlig rechts- und geschäftsfähig bleibt und seine Rechtshandlungen völlig wirksam sind, vorbehaltlich des Rechtes der Gläubiger, so daß, wenn das Beschlagsrecht wegfällt, die inzwischen erfolgten Rechtshandlungen nicht etwa wirksam werden, sondern sich als von jeher wirksam zeigen. Das RG. ist einigemal, z. B. VII. Zivilsenat, 4. 11. 1902 Rep. 259, 1902, der Beschlagsrechtsidee sehr nahe gekommen. Unrichtig dagegen hat es 24. 4. 1909 Entsch. 71 S. 39 erkannt, daß der Gantschuldner kein Grundstück mehr auflassen dürfe, so daß das Grundbuch für ihn jetzt vollkommen gesperrt wäre. Das ist eine vollständige Verkennung der Relativität des „Veräußerungsverbotes". Ebenso unrichtig sind die Entscheidungen, welche die Gläubigerschaft für gebunden erklären, wenn der Schuldner als Eigentumshypothekar den nachfolgenden Hypotheken formlos den Eintritt zugesagt hat.

Das Beschlagsrecht steht der Gläubigerschaft zu, d. h. nicht allen, die als Gläubiger angemeldet haben, sondern nur denjenigen Anmeldern, welche wirkliche Ansprüche gegen den Gantschuldner haben (Beschlagsgemeinschaft). Da aber diese wirklichen Gläubiger von der prozessualischen Gläubigergemeinschaft einstweilen nicht abgesondert werden können, so entscheidet über das Beschlagsrecht die prozessuale Gläubigergemeinschaft, die allerdings, indem mit der Zeit die Nichtgläubiger ausscheiden, mit der wirklichen Gläubigerschaft allmählich zusammenfällt.

Das Beschlagsrecht steht den Gläubigern zu, welche zur Zeit der Konkurseröffnung Gläubiger sind; man nennt diese Konkursgläubiger. Die Konkursgläubiger werden auf dem Wege des Beschlagsrechts befriedigt, also durch Erlangung von Geldzahlung; darum müssen ihre Forderungen, die nicht auf Geld gehen, prozessualisch in Geldbefriedigungsansprüche umgesetzt werden; betagte Forderungen müssen zu Sofortansprüchen werden (unter etwaigem Abzuge der Zwischenzinsen); Gesamtschulden können vollständig in das Vermögen eines jeden Gesamtschuldners zur Geltung gebracht werden, auch wenn sämtliche Schuldner im Konkurs sind, nur daß das Gesamtergebnis die wahre Forderung nicht überschreiten darf. Dies gilt auch, wenn der Gläubiger einer offenen Handelsgesellschaft im Konkurs dieser Handelsgesellschaft und zugleich im Einzelkonkurs des gesamthaftenden Gesellschafters anmeldet (§§ 3, 65 ff., 212 KO.).

In der Regel stehen die Beschlagsgläubiger einander gleich. Doch gibt es einige Ausnahmen. Wie in der Grundstückszwangsversteigerung und -zwangsverwaltung der Arbeitslohn des letzten Jahres und die Abgaben der letzten zwei Jahre ein Vorrecht, selbst vor dem Hypothekengläubiger, genießen, so haben gewisse Konkursgläubiger ein Vorzugsrecht im Konkurs. Hierher gehören ebenfalls die Forderungen aus den Dienstverhältnissen des letzten Jahres (im Haushalt und Erwerbsbetrieb) und die Forderungen aus Abgaben des letzten Jahres, und zwar in zwei Klassen, zunächst die Staats- und Kommunalabgaben, sodann die Abgaben von öffentlichen Sonderverbänden; hierzu treten aber noch die Forderungen aus Krankenbehandlung und endlich die Ansprüche derjenigen, deren Vermögen dem Gantschuldner infolge eines persönlichen Mundschaftsverhältnisses gesetzlich überantwortet ist (Kinder, Bevormundete, §§ 61 ff. KO.).

Geldstrafen und Schenkungsschulden stehen außerhalb des Konkurses, denn creditores non puniuntur und nemo liberalis, nisi liberatus. Doch gilt dies nur von denjenigen Schenkungsschulden, welche dem Schuldner aus eigener Schenkung anhaften, nicht von denjenigen, die er durch Erbgang übernommen hat; es gilt nicht von Vermächtnisschulden, die ihm kraft Erbgangs ankleben. Etwas Besonderes aber ist dann der Fall, wenn der Nachlaß selbst in Konkurs kommt. Hier bleiben Schenkungs- und Vermächtnisschulden natürlich zunächst im Hintergrund; sollte aber nach Tilgung der Nachlaßschulden noch Vermögen vorhanden sein, dann werden Schenkungen und Vermächtnisse nach einer bestimmten Skala zur Befriedigung gebracht, ebenso wie noch einige andere zurückstehende Forderungen (§ 226 KO.).

In das Beschlagsrecht fällt das Vermögen des Gesamtschuldners, welches er zur Zeit der Konkurseröffnung besitzt. Das sonstige Vermögen, auch das während des Konkurses erworbene, bleibt dem Beschlagsrecht fern, und so kommt es, daß der Schuldner zweierlei Vermögen hat: Konkursvermögen und konkursfreies Vermögen[1]. Nicht in allen Rechten ist es so: manche geben der Gläubigerschaft mehr oder minder ein Anrecht auf das während des Konkurses erworbene Vermögen, mindestens, wenn es nicht durch Arbeit, sondern durch Glücksfall, z. B. durch Erbgang, erworben wird; bei uns hat man dies wegen der dadurch herbeigeführten Verwicklungen abgelehnt. Man hat noch ein weiteres getan: man hat dieses außerkonkursliche Vermögen des Gantschuldners privilegiert, denn die Konkursgläubiger sind während des Konkurses sogar in der prozessualischen Unfähigkeit, es außerkonkurslich zur Vollstreckung zu bringen (§ 14 KO.), es ist für sie vollstreckungsimmun.

Das Vermögen zur Zeit der Konkurseröffnung ist soweit Beschlagsvermögen, als es der Zwangsvollstreckung unterworfen ist; denn da der Beschlag eine der Zwangsvollstreckung gleichstehende Selbsthilfe einleitet, so kann er sich naturgemäß nur auf dasjenige beziehen, was dem

[1] Konkursfreies Vermögen kann auch dadurch entstehen, daß die Gläubigerschaft aus irgendwelchen Gründen (z. B. der Kostenersparnis halber) auf das Beschlagsrecht an einem Vermögensstück, z. B. einer Forderung, verzichtet; vgl. auch RG. 1. 3. 1912 JW. 41 S. 595.

Vollstreckungszwang unterliegt (§ 1 KO.); auf dieses bezieht es sich aber vollständig: daher gehört in den Konkurs des Ehemannes auch das Gesamtvermögen der Gütergemeinschaft, denn dieses ist für die Schulden des Ehemannes der Vollstreckung unterworfen (§ 2 KO.).

Die Ausübung des Beschlagsrechts erfolgt durch die Verwertungstätigkeit des Konkursverwalters. Dieser ist in der Art der Verwertung so viel wie unbeschränkt. Er kann, er braucht nicht die Vollstreckungsgewalt des Gerichts oder des Gerichtsvollziehers anzurufen. Er ist jedoch gehalten, die Geld- und Wertsachen nach Beschluß der Gläubiger anzulegen; auch beschließen diese, ob das Geschäft des Gantschuldners fortgesetzt oder eingestellt werden soll. Auch sonst soll er in wichtigen Fragen die Zustimmung der Gläubiger einholen, und er haftet, wenn er dies nicht getan hat und das Geschäft fehlschlägt, § 126—137 KO.

Bei unerledigten gegenseitigen Verträgen des Gantschuldners hat die Verwaltung einige Schwierigkeiten: der Konkursverwalter ist nicht befugt, solche Vertragsverhältnisse auseinanderzureißen: er kann den Vertragsgenossen nur in der Art in Anspruch nehmen, daß er sich erbietet, von seiner Seite aus die Vertragspflichten des Gantschuldners völlig zu erfüllen; paßt ihm dies nicht, so fällt der Anspruch gegen den Dritten aus dem Beschlagsrecht, der Dritte hat aber die Befugnis, wegen Nichterfüllung Schadensersatz zu verlangen [1], indem er hierfür als Konkursgläubiger auftritt. Der Konkursverwalter ist prozessualisch gehalten, auf Anforderung sich zu erklären, ansonst die letztere Alternative eintritt.

Weitere Schwierigkeiten ergeben sich aus gegenseitigen Rechtsverhältnissen, namentlich aus Miete und Pacht.

Wenn der Gantschuldner gemietet oder gepachtet hat, so hat er sich dadurch in ein Rechtsverhältnis hineinversetzt, welches ihm gewisse Benutzungsrechte gibt und dafür Geldzahlungspflichten auferlegt. Hier muß die Beschlagsgemeinschaft berechtigt sein, in das Verhältnis einzutreten, und zwar in das Benutzungsrecht gegen Übernahme der Geldzahlungspflicht; doch ist zu unterscheiden: ist das Mietverhältnis schon begonnen, so tritt die Beschlagsgemeinschaft von selbst ein, aber jeder Teil kann in gesetzlicher Frist kündigen; ist es noch nicht begonnen, so kann der Vermieter vom Vertrag zurücktreten, auch der Konkursverwalter nach den oben von gegenseitigen Verträgen erörterten Grundsätzen. Hat umgekehrt der Gantschuldner vermietet oder verpachtet, so gewährt er einem Dritten ein Benutzungsrecht an der Miet- oder Pachtsache gegen Geldzahlungspflicht. Die Beschlagsgemeinschaft nun muß sich dieses Benutzungsrecht Dritter gefallen lassen; denn dafür spricht der Grundgedanke, der bei uns zu dem Satze „Kauf bricht nicht Miete" geführt hat; mindestens innerhalb gewisser Schranken: einmal solange ihr Beschlagsrecht dauert; aber auch im Falle der Verwertung der Sache durch Veräußerung kann dieses Benutzungsrecht nicht plötzlich abgebrochen werden: auch dies würde mit den obigen Prinzipien im Widerspruch stehen; daher der Grundsatz: auch gegenüber dem Erwerber des Grundstücks bleibt das Recht des Mieters bestehen; jedoch hat der Erwerber hier wie sonst das Recht der Kündigung in gesetzlicher Frist (§§ 19 ff. KO., § 57 ZVG.).

β) Bereinigung des Beschlagsvermögens.

αα) Allgemeines.

§ 102. Wie bei der gewöhnlichen Vollstreckung, so gilt im Konkurs der Aussonderungsanspruch (§§ 43 ff. KO.); ihn hat jeder, welcher einen Anspruch dinglicher oder persönlicher Art auf eine Sache hat, die im Besitz der Gläubigerschaft sich befindet, aber dem Gantschuldner nicht gehört und daher nicht vom Beschlagsrecht der Gläubiger ergriffen wird. Dem Konkurse eigen aber ist es, daß eine Reihe von Gegenständen, obgleich dem Gantschuldner angehörig und daher vom Beschlagsrecht umfaßt, herausverlangt werden kann, so daß das Beschlagsrecht zurücktreten muß. Ein Hauptfall ist der des Verkäufers einer Ware, der diese zu Eigentum übergeben hat: ist sie noch nicht bezahlt, so kann er sie aus dem Konkurs herausverlangen, wenn sie nicht vor der Konkurseröffnung in den Besitz des Gantschuldners gelangt ist (§ 44 KO.).: dies ist das dem englischen Recht entnommene right of stoppage in transitu. Sodann kommt in Betracht der

[1] Solche Schadensforderungen bestehen weiter, auch wenn der Konkurs erledigt ist, RG. 12. 4. 1912 JW. 41 S. 696.

Fall des Auftraggebers, wenn der Verkaufskommissionär das Kommissionsgut verkauft hat und der Preis noch aussteht: die Kaufpreisforderung ist Forderung des Kommissionärs, der als Kommissionär im eigenen Namen gehandelt hat, der Auftraggeber aber kann sie aus dem Konkurs herausverlangen (§ 392 HGB.), wie wenn die Forderungen im Namen des Auftraggebers kontrahiert worden wären; und wer einen Wechsel zum Zweck der bloßen Einziehung des Geldes (mit Vollindossament) indossiert hat, kann ihn, wenn er noch nicht eingelöst ist, herausverlangen u. a.

Auch dingliche Wertrechte, namentlich Hypotheken, Grundschulden einerseits, Pfandrechte an beweglichen Gegenständen anderseits, stehen außerhalb des Konkurses (§§ 47 ff.), und die Wertberechtigten können ihre Befriedigung verlangen, wie wenn der Konkurs nicht bestände; denn das Beschlagsrecht steht erst an letzter Stelle, es kann also nur in Anspruch nehmen, was die Wertrechte übrig lassen [1]. Zu diesen sogenannten Absonderungsrechten gehört auch das Recht, das der Gläubiger vor dem Konkurs im Zwangsversteigerungsverfahren durch den Einzelbeschlag eines Grundstücks erworben hat, sowie das sogenannte Pfändungspfandrecht bei der Fahrnisvollstreckung, sodann einige gesetzliche Pfandrechte, wie das des Vermieters und Verpächters; auch die Rückbehaltungsrechte, das kaufmännische wie das bürgerlichrechtliche, letzteres aber mit der Beschränkung: Absonderungsrecht genießt nur das Rückbehaltungsrecht für Verwendungen und nur bis zum Betrage der Bereicherung.

Außerdem gibt es zwei Arten von Absonderungsberechtigten, die nicht außerhalb des Konkurses, sondern in ihm ihre Befriedigung erlangen: es sind dies die Hypothekenpfandbriefgläubiger der Hypothekenbanken in Beziehung auf das ihnen zukommende, vom Treuhänder behütete Hypothekenvermögen, denn dieses Vermögen ist ihrem Wertrecht unterworfen [2]; und die Lebensversicherungsgläubiger in bezug auf die zu ihren Gunsten vorbehaltene Prämienreserve (§ 35 Hypothekenbankgesetzes vom 13. Juli 1899, § 61 Privatversicherungsgesetzes vom 12. Mai 1901).

Übrigens werden die Wertberechtigten, soweit ihre Wertrechte reichen, als gedeckt betrachtet; sie dürfen daher, soweit sie daneben noch Schuldgläubiger sind, im Konkurse nur den Ausfall anmelden (§ 64 KO.) [3]. Dies gilt aber nur für die Absonderungsberechtigten, d. h. für diejenigen, welche ein Pfandrecht an Konkursvermögensstücken haben; wer ein Pfandrecht an dem Vermögen eines Dritten hat, kann (wie im Falle der Gesamtschuld) im Konkurs die ganze Forderung anmelden [4], und diesen Stand der Sache kann der Konkursverwalter nicht dadurch verschlechtern, daß er nachträglich die Sache für die Konkursmasse erwirbt; denn maßgebend ist der Stand zur Zeit der Konkurseröffnung [5].

ββ) Erweiterung des Beschlagsvermögens durch Gläubigeranfechtung.

§ 103. Gewisse Dinge, welche außerhalb des Vermögens des Gantschuldners stehen, können auf mittelbarem Wege in das Gantvermögen hineingezogen werden. Das ist die Betätigung des sogenannten Schuldanfechtungsrechts (§§ 29 ff. KO.). Die Anfechtung geht dahin, daß gewisse, von dem Gantschuldner vor dem Konkurs vollzogene Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen den Gläubigern gegenüber dadurch unwirksam gemacht werden, daß, wer daraus etwas erworben hat, verpflichtet ist, das Erworbene in das Beschlagsrecht der Gläubigerschaft herauszugeben. Zu diesem Zwecke können die Gläubiger diesem Dritten eine Anfechtungserklärung zukommen lassen; mit der Ankunft der Anfechtungserklärung tritt die bezeichnete Verpflichtung ein. Im Konkurs geschieht die Erklärung durch den Konkursverwalter: nur er kann anfechten für die Konkursmasse, und die Anfechtung der Konkursmasse schließt jede Einzelanfechtung aus. Der Grund der Anfechtung kann derselbe sein wie außerhalb des Kon-

[1] Dabei kommen auch die Zubehörsachen in Betracht, welche mit von der Hypothek erfaßt werden. Der Konkursverwalter darf daher mit Rücksicht auf die zu erwartende liegenschaftliche Beschlagnahme des Grundstückes solche Zubehörsachen nur innerhalb der Schranken einer guten Verwaltung veräußern, sonst haben die Hypothekengläubiger das Recht, den ihnen entzogenen Wert aus dem Konkurs herauszuverlangen, § 1121 und 1135 BGB.; vgl. RG. 17. 6. 1908, 22. 6. 1908 JW. 37 S. 518, 561, Entsch. 69 S. 85.

[2] Vgl. darüber meinen Aufsatz im Bankarchiv VI S. 121.

[3] RG. 6 12. 1911 JW. 41 S. 251.

[4] RG. 19. 9. 1910 Entsch. 74 S. 232.

[5] RG. 19. 12. 1904 Entsch. 59 S. 367.

kurses: ein rechtswidriges Handeln, sofern nämlich der Schuldner im Einverständnis mit einem Dritten die Gläubiger absichtlich benachteiligt hat; oder die Eigenschaft der Rechtshandlung als einer Freigebigkeit, denn nach germanischen Rechtsgrundsätzen gehen die Gläubiger den Freigebigkeiten vor: nach unserer Konkursordnung kommen die Freigebigkeiten in dem letzten Jahre und unter Ehegatten die in den letzten zwei Jahren in Betracht. Ein anderer Anfechtungsgrund aber ist dem Konkurs eigen, und zwar beruht er auf folgendem Gedanken: gewisse Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte, die sich in der zeitlichen Nähe des Konkurses abgespielt haben, treten gleichsam in den Schatten des Konkurses; es sprechen Gründe dafür, daß sie mittelbar für den Konkurs unwirksam gemacht werden. Dies ist ein germanischer Gedanke, der sich sowohl im mittelalterlichen Italien als auch in Deutschland entwickelt hat; denn es ist ein deutscher Satz, daß auf dem, der nicht mehr zahlen kann, eine Art Bann ruht. Früher ging man so weit, den Konkurs auf die Zeit, in welcher der Gantschuldner sich als konkursmäßig darstellte, zurückzudatieren; wir setzen an Stelle dessen die Gläubigeranfechtung und gestatten es, gewisse Rechtshandlungen Dritter, die in der Periode der Zahlungseinstellung vorgekommen sind, anzufechten, sofern der Dritte die Zahlungseinstellung oder den Konkurseröffnungsantrag kannte: in diesem Stand der Sache soll insbesondere niemand Zahlungen oder Sicherstellungen annehmen, denn die Sachlage ist bereits so weit gediehen, daß alle Gläubiger verlieren müssen, so daß es eine Unbilligkeit ist, wenn der eine sich völlig und ohne Verlust bezahlen läßt; und besonders schlimm ist es, wenn jemand Zahlungen annimmt in einer Weise, wie er sie nicht zu verlangen berechtigt war, z. B. für noch nicht fällige Forderungen oder (in Ermangelung von Geldmitteln) durch Hingabe anderer Dinge, z. B. durch Hingabe von Möbelstücke an Zahlungs Statt[1]. Die Zahlung einer verjährten Forderung gehört allerdings nicht hierher, da die Geltendmachung der Verjährung eine Gewissenssache ist, in die man nicht hineinreden darf (§§ 29 ff. KO.).

Hat der Dritte das Hingegebene dem Schuldner zurückgegeben, so kann kein Schuldanfechtungsrecht mehr entstehen[2]. Hat er das Hingegebene einem anderen weitergegeben, so haftet der andere nur unter besonderen Umständen[3].

γ) Vereinigung der Beschlagsgläubigerschaft.

§ 104. Die Beschlagsgemeinschaft besteht aus den (wirklichen) Konkursgläubigern, die angemeldet, d. h. sich des Beschlagsrechts teilhaftig gemacht haben.

Die Anmeldung erfolgt schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers (§ 139 KO.). Sie erfolgt innerhalb der vom Konkursgericht alsbald bestimmten und öffentlich bekannt gemachten Anmeldefrist oder später; jedoch hat die Anmeldung innerhalb der Anmeldefrist gewisse Vorteile. Im gemeinen Recht hatte die Anmeldefrist eine Ausschlußwirkung, die bei uns weggefallen ist (§§ 138 ff. KO.).

Die Anmeldungen werden vom Gerichtsschreiber in die sogenannte Konkurstabelle eingetragen, welche eine gewisse juristische Bedeutung hat (§ 140 KO.).

Nicht jeder Anmeldende ist wirklicher Konkursgläubiger; das Verfahren, um die nichtwirklichen Konkursgläubiger auszuscheiden und die Anmeldenden auf die Konkursgläubiger zu reduzieren, heißt Feststellungsverfahren. Zu diesem Zweck dient zunächst der allgemeine Prüfungstermin, der vom Gericht in der Art angesetzt wird, daß nach Ablauf der Anmeldefrist noch eine Zwischenfrist zur Vorbereitung bleibt. Im Termin handelt es sich darum, daß die angemeldeten Forderungen anerkannt oder widersprochen werden. Zum Widerspruch befugt ist der Konkursverwalter als Vertreter der Konkursgemeinschaft, der dafür zu sorgen hat, daß die Konkursgemeinschaft von unbefugten Eindringlingen befreit wird; berechtigt ist aber auch jeder angemeldete Gläubiger, da er durch einen unbefugten Eindringling in seinem Anteil am Beschlagsrecht verkürzt werden kann. Der Termin kann zur Erledigung führen, sofern kein

[1] Eine solche liegt aber dann nicht vor, wenn der Schuldner die Alternative hat und A. oder B. zahlen darf; zahlt er B., so ist dies Zahlung und nicht Hingabe an Zahlungs statt, RG. 23. 4. 1909 Entsch. 71 S. 89.

[2] RG. 26. 11. 1909 JW. 39 S. 38.

[3] KO. § 40, Anf.-Ges. § 11, RG. 22. 6. 1909 JW. 38 S. 472.

Widerspruch erfolgt oder der erfolgte Widerspruch beglichen wird. Bleibt der Widerspruch ungelöst bestehen, so ist zu unterscheiden: hat der Anmeldende einen vollstreckbaren Titel, so ist er solange als berechtigt anzusehen, bis sein Vollstreckungstitel niedergekämpft ist; hat er keinen vollstreckbaren Titel, so ist es an ihm, für seinen Anspruch die Feststellung gegen den Widersprechenden zu betreiben. Beides geschieht im gewöhnlichen Prozeß außerhalb des Konkurses (§ 146 KO.).

Meldet sich ein Gläubiger nachträglich, so kommt es zu einem besonderen Prüfungstermin, und er muß die Kosten des besonderen Prüfungstermins tragen (§ 142 KO.).

Die Ergebnisse des Prüfungstermins und die etwaigen nachträglichen urteilsmäßigen Feststellungen werden in der Konkurstabelle eingetragen. Der rechtskräftig abgewiesene Gläubiger tritt aus der Konkursgemeinschaft aus und hat kein Recht mehr, in der Gläubigerversammlung zu erscheinen oder zu stimmen oder einer Anmeldung zu widersprechen.

Die Entscheidung über Bestehen oder Nichtbestehen der Gläubigerschaft des Anmeldenden wirkt für die Beschlagsgemeinschaft und das Beschlagsrecht; sie wirkt nicht gegenüber dem Gantschuldner selbst. Jedoch gilt folgendes: wird die Anmeldung vom Konkursverwalter anerkannt, so ist es Sache des Gantschuldners, wenn er sie nicht auch anerkennt, seinen Widerspruch zu äußern, ansonst diese Anerkennung auch als seine Anerkennung gilt: ein solcher Nichtwiderspruch bewirkt prozessualische Feststellung, er wird in der Ganttabelle vermerkt. Darum wird der Gantschuldner zum Prüfungstermin zugezogen, um sich äußern zu können (§§ 141, 164, 165 KO., mit Möglichkeit der Wiedereinsetzung).

e) Lösung des Konkurses.

§ 105. Die Erledigung des Konkurses geschieht regelrecht durch Verwertung und Verteilung des Vermögens. Die Verteilung erfolgt in allen modernen Rechten nicht auf einen Schlag, sondern allmählich, abschlagsweise, sobald eben verteilbares Vermögen vorhanden ist. So gibt es eine oder mehrere Abschlagsverteilungen, bis dann die Schlußverteilung das Verfahren beendigt.

Die Verteilung ist Sache des Konkursverwalters; denn auch sie gehört zur Selbsthilfetätigkeit der Gläubiger. Sie erfolgt nicht ungeregelt, sondern in einem geordneten Untersuchungsverfahren, wobei eine Liste gebildet wird, die beanstandet werden kann, worauf das Gericht den Streit schlichtet: die Liste erlangt dadurch den Charakter einer rechtskräftigen Entscheidung. In die Liste werden auch die bestrittenen Anmeldungen aufgenommen, aber nur, wenn sie einen vollstreckbaren Titel besitzen, oder wenn die Feststellungsklage erhoben und dies in einer gesetzlichen Frist, der sogenannten Ausschlußfrist, dem Konkursverwalter angezeigt worden ist (§§ 150 ff. KO.).

Abschlagsverteilungen können mehrere aufeinander folgen; notwendig aber ist eine die Sache zum Abschluß bringende Schlußverteilung auf Grund einer Schlußliste. Nachträglich kann noch eine Nachtragsverteilung stattfinden, aber nur noch als Anhang der Schlußverteilung und auf Grund der Schlußliste (§§ 161, 166 KO.).

Eine andere Erledigung des Konkurses hat sich im mittelalterlichen Italien unter dem Einfluß des römischen Rechts entwickelt und ist in so ziemlich alle neuzeitlichen Konkursgesetze aufgenommen worden: der Zwangsvergleich (Gantvergleich). Die Konkursgemeinschaft kann nämlich mit dem Gantschuldner einen prozessualischen Vertrag in der Art schließen, daß sie ihn des Konkurses entledigt, sich aber dafür bezüglich der Zahlung der Schuld die eine oder andere Zusicherung machen läßt. Doch soll der Vergleich nur abgeschlossen werden, wenn die Sache rein und lauter ist, insbesondere nicht im Falle eines betrüglichen Bankerotts, und der Abschluß bedarf der Bestätigung des Konkursgerichts nach erfolgter Prüfung im Bestätigungsverfahren, welches den Charakter eines Untersuchungsverfahrens hat (§§ 173 ff.). Der Gedanke ist der: es ist häufig vorteilhafter, die Fortsetzung des Konkurses zu vermeiden und mit wenigem vorlieb zu nehmen, als auf der Fortsetzung zu bestehen, wobei man vielleicht doch mit einem mangelhafteren Ergebnis abschlösse. Wollten nun aber die Gläubiger lediglich auf den Konkurs verzichten und den Schuldner mit der vollen Schwere seiner Schulden belassen, so würde dies meist nicht viel helfen: es kämen jetzt Vollstreckungen auf Vollstreckungen, und schließlich würde es bald zu einem neuen Konkurs kommen. Wenn daher eine solche Konkurserledigung Erfolg haben

soll, so muß man dem Gantschuldner eine materiellrechtliche Erleichterung geben. Dies geschieht entweder durch Stundung oder durch Erlaß eines Teiles der Forderungen: solches pflegt der Inhalt des Zwangsvergleichs zu sein; wozu noch kommt, daß dem Gantschuldner ein Vergleichsbürge zur Seite treten kann, so daß die Vergleichssumme zwar unter der Höhe der Forderungen bleibt, aber eine besondere Sicherung genießt. Nichtzahlung der Vergleichssumme gibt nach unserem Rechte keine Befugnis, die Erneuerung des Konkurses zu begehren; eine solche tritt nur ein, wenn der Gantschuldner nachträglich wegen betrüglichen Bankerotts verurteilt wird, in welchem Falle der Konkurs auf Antrag wieder erneuert wird, jedoch unter Berücksichtigung dessen, daß das Beschlagsrecht der Gläubiger in der Zwischenzeit aufgehört hat und die Verfügungen des Gantschuldners in der Zwischenzeit gültig waren (§§ 197 ff.). Es ist dies der oben (S. 370) erwähnte Fall einer Einheit des Konkurses mit einer Mehrheit des Verfahrens. Sonst hat der Betrug bei Abschluß des Zwangsvergleichs nur zur Folge, daß der Vergleichsnachlaß von jedem einzelnen Gläubiger angefochten werden kann (§ 196 KO.).

Da der Vergleich ein prozessualischer ist und daher nur ganz oder gar nicht geschlossen werden kann, so ist es unvermeidlich, daß die Mehrheit die Minderheit bindet; denn man muß der Mehrheit ein gewisses Übergewicht geben, wenn es sich darum handelt, ob eine heilsame Maßregel stattfinden soll oder nicht. In der Berechnung dieser ausschlaggebenden Mehrheit bestehen die allerverschiedensten Systeme; seit längerer Zeit ist das System beliebt, wonach eine doppelte Mehrheit verlangt wird, so in der deutschen KO. § 182: die einfache Mehrheit der erschienenen Gläubiger und Dreiviertelmehrheit der Summe der zu berücksichtigenden Anmeldungen (§§ 182 f. KO.).

Der Zwangsvergleich beschränkt die Forderung aller Konkursgläubiger, auch derjenigen, welche sich bei dem Konkurs nicht beteiligt haben, aber er beschränkt

1. nur die Forderung gegen die Gantschuldner, nicht die Forderung gegen die Mitschuldner und Bürgen (§ 193 KO.);
2. er beschränkt nicht die Forderung an sich, sondern nur ihre inländische Vollstreckungskraft; für das ausländische Vermögen gilt der Zwangsvergleich nicht[1].

Außerdem kann der Konkurs erledigt werden durch Einstellung bei Verzicht der Gläubiger (Gantverzicht); er kann auch eingestellt werden, wenn die Aktiven so gering sind, daß sie die Kosten nicht decken, so daß ein Konkursverfahren ergebnislos wäre und daher keinen Zweck hätte (§§ 202 f. KO.).

f) Sanierungen.

§ 106. Die Neuzeit hat noch andere Mittel teils gefunden, teils zu ermitteln gesucht, um notleidende Veranstaltungen, namentlich Aktiengesellschaften zu retten. Man hat erwogen, daß die Konkurseröffnung, wenn der Konkurs auch noch so schonend vor sich geht, doch große Störungen herbeiführt. Man sucht daher womöglich diese Konkurseröffnung zu vermeiden und in anderer Weise nachzuhelfen; namentlich handelt es sich darum, womöglich die Gesellschaft aufrechtzuerhalten, ihre Anlagen und Einrichtungen zu wahren und es zu vermeiden, daß der Betrieb ins Stocken kommt, und daß dadurch eine Zerstörung von Werten und eine wirtschaftliche Schädigung des ganzen Gewerbewesens stattfindet. Darum hat man insbesondere bei dem Konkurs von Versicherungsgesellschaften, dem Konkurs von Banken, dem Konkurs von Eisenbahnen mehr oder minder versucht, erhaltende Einrichtungen zu treffen; doch ist das ganze Sanierungswesen noch in seinen Anfängen begriffen und sehr entwicklungsbedürftig[2].

Am verbreitetsten ist die Einrichtung des sogenannten Präventivakkords, der namentlich bei diesen Gesellschaften und Anstalten bedeutungsvoll ist, aber auch bei Einzelpersonen gute Dienste tun kann. Er besteht darin, daß einstweilen das Vermögen gesichert und unter Vermeidung des Konkurses ein Zwangsvergleich der Gläubiger erstrebt wird. Das Institut hat sich in Belgien entwickelt und ist von da nach Frankreich, Italien und in andere Länder übergegangen; wir haben es leider noch nicht.

---

[1] Berner Appell.hof 27. 6. 1912 Z. Bern. JuristenV. 49 S. 413.
[2] Vgl. meinen Aufsatz in den Annalen des Deutschen Reichs 1902 S. 633 f.

6. Hilfsrechte der Vollstreckung. Offenbarungseid.

§ 107. In den Zeiten, in welchen die Vollstreckung dem Schuldner an Leib und Leben ging, entwickelte sich im deutschen Rechte die Einrichtung des sogenannten Offenbarungseides. Man ließ den Schuldner unter Umständen leiblich unbehelligt, wenn er sein Vermögen den Gläubigern überantwortete und den Eid leistete, ihnen alles preisgegeben zu haben; dazu kam vielfach noch der Versprechenseid, die Gläubiger befriedigen zu wollen, sobald der Vermögensstand sich wieder bessere.

Das letztere haben wir abgeworfen, das erstere aber ist eine unentbehrliche Einrichtung der heutigen Zeit. Finden sich bei dem Schuldner nicht genug Vollstreckungsmittel, um die Gläubiger zu decken, so kann man von ihm den Offenbarungseid verlangen und diesen Eid nötigenfalls durch Haftnahme (bis zu sechs Monaten) erzwingen.

Solches kann im Konkurs und außerhalb des Konkurses geschehen (§§ 807, 899 f. ZPO.; § 125 KO.).

Dies und die schweren Strafen des Bankerotts, welche heutzutage den Nichtkaufmann wie den Kaufmann treffen, sind die Mittel, um das Hinwegschaffen des Vollstreckungsvermögens zu verhindern.

Ein Schuldner, der den Offenbarungseid geschworen oder wegen Nichtleistung desselben eine Haft von sechs Monaten erduldet hat, kann von einem anderen Gläubiger erst nach fünf Jahren wieder zum Offenbarungseid gezwungen werden, sonst nur, wenn der Erwerb neuen Vermögens glaubhaft gemacht wird (§§ 903, 914).

Das Gericht führt ein Verzeichnis solcher Personen, sogenannter Manifestanten; nach fünf Jahren wird der Name getilgt (§ 915 ZPO.).

IV. Sonstige Vollstreckungen.

§ 108. Handelt es sich um Herausgabe einer Sache, entweder um eine bloße Besitzübergabe oder um Herausgabe unter Übertragung des Eigentums, so hat sich schon im späteren römischen Recht das Verfahren entwickelt, daß ein Vollstreckungsbeamter (bei uns ein Gerichtsvollzieher) dem Schuldner die Sache wegnimmt und sie dem Gläubiger übergibt; durch die Übergabe geht unmittelbarer Besitz, durch die Wegnahme entsprechendenfalls Eigentum auf den Gläubiger über (§§ 883—885, 897 ZPO.). Auch hier gibt es einen (besonderen) Offenbarungseid, wenn der Schuldner eine bestimmte Sache (z. B. eine Urkunde) herauszugeben hat, und man sie nicht findet (§§ 883, 899 f. ZPO.). Geht der Schuldtitel auf Leistung unbestimmt bezeichneter Sachen, die erst individualisiert werden müssen, z. B. auf die Einrichtung einer Dampfwäscherei, so muß zuerst auf dem Wege einer Interessenklage eine Individualisierung erfolgen (§ 893 ZPO., vgl. RG. 20. 5. 1904 Entsch. 58 S. 160).

Dem germanischen Rechte sind außerdem verschiedene Formen eigen, um den Verurteilten zu einem Tun oder zu einem Unterlassen zu zwingen. Sie entstammen dem Gedanken, daß der Beklagte Gerichtsgehorsam schuldig sei, einem Gedanken, der sich im germanischen Versäumnisverfahren und im germanischen Urteilsgelöbnis festgestellt hatte: der Beklagte mußte, auch wenn das Gericht in seinem Schlußurteil eine Handlung verlangte, durch Gerichtszwang hierzu genötigt werden können. Dieser Gedanke durchzieht das germanische Recht; er findet sich in den italischen Statuten ebenso wie in der auf einer Mischung von deutsch- und römisch-rechtlichen Ideen beruhenden Equity-Gerichtsbarkeit des englischen Kanzlers[1]. Und während das französische Recht im wesentlichen den römischen Grundsatz aufrechterhalten hat, daß jede Vollstreckung eine Geld- oder Sachvollstreckung sein muß, so ist das deutsche Recht darüber hinausgegangen und gibt Vollstreckungen, wodurch Handlungen oder Unterlassungen erzwungen werden. Wesentlich ist allerdings, daß hierdurch nicht eine solche persönliche Beeinträchtigung des Schuldners bewirkt wird, welche unserer Anschauung zuwider wäre. Eine Verhaftung wegen Geldschulden ist bei uns in jedem Falle unstatthaft: nur eine Arrestverhaftung ist möglich zu dem Zweck, um den

[1] Vgl. „Ungehorsam und Vollstreckung" (1893) S. 56 f. Über einen Fall des Zwangs zur Herausgabe bei Friedlosigkeit vgl. Camerino (1560) III, 117. Eine Klage auf Errichtung einer Urkunde erwähnt Parma (1255), Mon. hist. ad prov. Parm. pert. I p. 260. Vgl. auch sächsische PO. von 1724 tit. 39 § 3.

Schuldner zu hindern, die gerichtlichen Maßnahmen zu durchkreuzen (§ 918 ZPO., unten S. 396). Ebenso kann eine Verpflichtung zur Arbeit nicht auf diese Weise erzwungen werden, am wenigsten eine Verpflichtung zur geistigen Arbeit; denn einerseits würden hierdurch die sozialen Gegensätze mächtig verschärft, und sodann steht entgegen, daß bei der geistigen Arbeit der Wille es nicht allein ausmacht, sondern das Können; und dieses ist nicht nur von dauernden, sondern auch von augenblicklichen Verhältnissen bedingt [1]. Wenn daher unser Recht einen Zwang zum Handeln gestattet, so beschränkt es diesen Zwang auf ein solches Handeln, das 1. keine Arbeit ist, also kein Tun mit einer schwierigeren Mühewaltung, und 2. auf ein solches Tun, das vollständig von der Willkür des Beklagten abhängig ist, so daß nichts weiteres als sein Wille nötig ist, um der gerichtlichen Aufforderung zu entsprechen. In dieser Beschränkung hat sich auch der Zwang im englischen Equity-Verfahren gestaltet, und in dieser Weise entspricht er der neuzeitigen Rechtsanschauung. Es kommen hier insbesondere Tätigkeiten in Betracht wie Rechnungsablegung, Vermögensnachweise, Leistung des Offenbarungseides und endlich solche Rechtsgeschäfte, bei denen die rechtsgeschäftliche Mitwirkung des Schuldners nicht zu entbehren ist (wie Wechselzeichnung). Der Zwang erfolgt bei uns durch Geldstrafen oder Haft; die Haft darf sechs Monate nicht übersteigen (§§ 887 f., 913 ZPO.). Doch kann auch Schadensersatzurteil erfolgen (§ 893 ZPO., § 51 GGG., § 16 KGG., § 91 a GewO.); und im amtsgerichtlichen Verfahren (§ 510 b ZPO.) wie im gewerbegerichtlichen und kaufmannsgerichtlichen ist zur Abkürzung noch besonders vorgesehen, daß das Gericht im Falle der Verurteilung zu einer Handlung sofort eine eventuelle Verurteilung auf einen bestimmt bezeichneten Schadensersatz beifügen kann.

Ist das geschuldete Handeln ein Rechtshandeln, d. h. ein Handeln mit bestimmten Rechtsfolgen, so bedarf es regelmäßig eines solchen Zwanges nicht, denn hier kommt nicht das Handeln, hier kommen nur die Rechtsfolgen des Handelns in Betracht: die Rechtsfolgen aber kann die Rechtsordnung auch ohne die Handlung eintreten lassen. Daher besteht hier die Vollstreckung im wesentlichen darin, daß auf Grund einer gerichtlichen Tätigkeit, sei es eines Beschlusses, sei es eines Urteiles, die Rechtsfolgen so eintreten, wie wenn die Handlung vollzogen worden wäre; was man auch damit auszudrücken pflegt, daß die Rechtshandlung als geschehen betrachtet wird [2]. Dies ist in unserem deutschen Rechte in der Art ausgestaltet, daß regelmäßig das rechtskräftige Urteil, welches den Beklagten zu einem solchen Rechtshandeln zwingt, genügt, so daß mit der Rechtskraft des Urteils die Rechtsfolgen eintreten (§ 894 ZPO.) [3]. Dies reicht allerdings nicht immer aus, denn eine Rechtshandlung kann nur als geschehen betrachtet werden, soweit sie Rechtswirkungen unter den Parteien, nicht soweit sie Rechtsfolgen Dritten gegenüber erzeugt. Sie kann ferner nur als geschehen betrachtet werden, sofern die Rechtsfolgen nicht kraft Rechtsnotwendigkeit, z. B. kraft Verkehrsrechts, an eine bestimmte Form gebunden sind, zu der man des Beklagten bedarf, z. B. wenn der Beklagte zur Ausstellung eines Wechsels verurteilt ist. Hier hat man schon versucht, die Schwierigkeit dadurch zu überwinden, daß man den Beklagten verurteilte, einen Bevollmächtigten aufzustellen, der die Rechtshandlung vollzöge, und daß man dann die Vollmacht als erteilt erklärte. Dies ist aber im internationalen Verkehr unzulänglich: hier bleibt nichts übrig, als zum Zwang im obigen Sinne die Zuflucht zu nehmen (§§ 894 f. ZPO.) [4]. Handelt es sich um eine Pflicht zur Auflassung, so genügt das rechts-

[1] In Österreich hat man schon einen derartigen Zwang gegen Schauspieler ausgeübt; vgl. Sperl, Exekutionshaft, Allgem. Österreich. Gerichtszeitung B. 60 Nr. 10.

[2] So schon in italienischen Statuten, z. B. Castellarquato (1445) III 32: si quis promiserit .... aliquam rem vendere .... quod si requisitus ...., oblato dicto pretio et de praecepto potestatis consignato et deposito, sit et esse intelligatur facta ipsa venditio.

[3] Damit ist der Fall verwandt, daß das Gericht dem Schuldner auf Antrag im Urteil eine Frist setzen kann, die sonst der Gläubiger im Vollstreckungsverfahren zu setzen hätte, sofern bei fruchtlosem Ablauf der Frist Schadenersatzanspruch oder Sequestration stattfindet oder das Wahlrecht vom Beklagten auf den Kläger übergeht (§ 255 ZPO.; vgl. mit §§ 283, 1052, 2128, 2193 BGB.). In diesem Fall tritt der rechtliche Erfolg der gläubigerischen Fristsetzung durch gerichtliche Tätigkeit ein.

[4] Einen merkwürdigen Fall behandelt das OLG. Hamburg 14. 6. 1901 (Hanseat. Gerichtsztg. 1901, Beibl. S. 269): Ein Ehemann, der der Geschlechtskrankheit verdächtig war, wurde verurteilt, seinen Arzt vom Geheimnis zu entbinden, damit er im Prozeß mit seiner Frau Zeugnis geben dürfe! Das Urteil ist völlig verfehlt. Richtig hat das RG. 16. 11. 1911 JW. 41 S. 75 entschieden, daß die Weigerung des Mannes, den Arzt vom Geheimnis zu befreien, nur ein Beweisgrund sein kann, um eine Geschlechtskrankheit und dementsprechend einen Ehebruch anzunehmen.

kräftige Urteil kraft § 894, auf dessen Vorlegung hin die Eintragung stattfindet [1]. Daß es weder in der einen noch in der anderen Weise einen Zwang zur Eheschließung gibt, versteht sich von selbst (§§ 888, 894 ZPO.) [2].

Von viel größerer Bedeutung ist der Zwang zur Unterlassung. Insbesondere in dinglichen Verhältnissen und in Verhältnissen des Immaterialrechts besteht der Rechtszwang hauptsächlich darin, jemanden an der Verletzung des Rechts zu hindern und die Verletzungshandlung gewaltsam einzustellen.

Wir können dies nicht nur dadurch, daß wir dem Beklagten an das Vermögen gehen, daß wir für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Geldbuße bestimmen; wir können, wie im englischen Recht, dem Zuwiderhandelnden mit Haftstrafe drohen und diese Haftstrafe vollziehen. Wir setzen in einem solchen Falle eine Strafordnung fest für die Verletzung der richterlichen Autorität und lassen daraufhin die Strafe eintreten, allerdings nur auf Antrag, sofern der Kläger die Verletzung der richterlichen Autorität zur Sühnung bringen will; denn die richterliche Autorität hat sich nur im Interesse des Klägers auf die Persönlichkeit des Beklagten gelegt. Auf solche Weise kann für jede Zuwiderhandlung eine Haftstrafe bis zu sechs Monaten angedroht werden, und für mehrere Zuwiderhandlungen ist eine Zusammenrechnung (Kumulation) möglich, nur daß eine auf solche Weise gebildete Gesamtstrafe den Betrag von zwei Jahren Haft nicht übersteigen darf (§ 890 ZPO.). Da es sich um eine Strafe handelt, so wird vorausgesetzt, daß die Zuwiderhandlung eine verschuldete war [3].

Unsere Gerichte haben davon auch reichlichen Gebrauch gemacht, fast ebenso reichlich wie der englische Kanzler mit der Injunction des Equity-Rechts, und es gehört diese Art des Zwanges zu den Hauptkennzeichen unseres heutigen deutschen Prozesses, namentlich im Industrierecht.

Übrigens kann die Verpflichtung zur Unterlassung zugleich die Verpflichtung enthalten, die widerstrebenden Einrichtungen zu entfernen und kann dann die Vollstreckung auch nach dieser Richtung erfolgen [4].

Ausnahmsweise findet eine Unterstützung des Zivilrechts durch polizeilichen Zwang statt; so reichsrechtlich bei Vertragsbruch von Lehrlingen (§ 127 d GewO.) und Schiffsleuten (§ 33 SeemannsO. vom 2. Juni 1902), welcher polizeiliche Zwang aber natürlich hinter einem Urteil oder auch nur einer einstweiligen Verfügung zurückstehen muß. Landesrechtlich gilt ähnliches im Gesinderecht (a. 95 BGB., Preuß. GesindeO. 1810 § 167)

C. Außerordentliche Prozeßbildungen und Erstreckungen des Prozesses.

Erstes Buch.

Exekutivverfahren.

I. Allgemeines.

§ 109. Aus dem germanischen Selbsthilferecht hat sich eine Überfülle von prozessualischen Formen gebildet, welche bestrebt sind, die Vorteile der Selbsthilfetätigkeit möglichst zu wahren, zu gleicher Zeit aber die Nachteile der Selbsthilfe zu beseitigen. Dies geschah dadurch, daß man mehr oder minder die Tätigkeit des Gerichts oder der Gerichtsorgane heranzog, welche dem Gläubiger unter gewissen Bedingungen dienstbar sein mußten: die auf solche Weise schleunigst herangerufene Gerichtstätigkeit trat an Stelle der Selbsthilfe.

[1] RG. 21. 6. 1911 Entsch. 76 S. 409.

[2] Frühere Zeiten waren nicht so rücksichtsvoll: so wurde 1737 ein Bursche mit Gewalt in die Kirche geschleppt, es wurde Hand in Hand gegeben und vom diaconus mandato Serenissimi „Ja" gesagt (Zeitschr. f. Gesch. des Oberrheins) XXVIII S. 127.

[3] RG. 36 S. 418, OLG. Hamburg 3. 3. 1911 Mugdan XXIII S. 225.

[4] OLG. Düsseldorf 21. 12. 1911 Mugdan XXV S. 203.

Diese Einrichtungen sind:

1. der vollstreckbare Vertrag,
2. das Mahnverfahren,
3. der aus beiden abgezweigte Urkundenprozeß,
4. das Arrestverfahren,
5. die einstweilige Verfügung,

alles Erzeugnisse des deutschen Rechts, allerdings meist nicht in Deutschland, sondern in Italien und Frankreich gereift, wo die Triebkraft des deutschen Rechts weniger durch ungünstige Verhältnisse niedergedrückt war.

II. Vollstreckbare Verträge.

§ 110. Die vollstreckbaren Verträge [1], gewöhnlich vollstreckbare Urkunden genannt, haben sich zuerst in Italien, dann in Frankreich gebildet. Ihre Grundlage ist das langobardische Recht, welches noch in seinen späten Ausläufern Selbsthilfe kannte. Um den Gläubigern eine ähnliche Herrschaft zu wahren, ließ man sich vom Schuldner das Recht gewähren, ohne Urteil in sein Vermögen einzutreten und sich zu befriedigen: ius ingrediendi, Unterwerfungsklausel. Durfte der Gläubiger sich auf solche Weise selbst befriedigen, so konnte er auch das Gericht anrufen, um ihm zu helfen oder um an seiner Statt das Vermögen des Schuldners mit Beschlag zu belegen. Derartige Urkunden gibt es in Fülle; sehr bezeichnend ist es, wie man sich hier auf eine Stelle des römischen Rechts berufen zu müssen glaubte, die gerade das Gegenteil besagt [2].

Einen anderen Charakter hatten die sogenannten instrumenta guarentigiata oder confessionata des lombardisch-romanischen Rechts, welche darauf beruhten, daß der Schuldner vor Notar oder Richter ein Anerkenntnis ablegte und daraufhin die Auflage bekam, an dem bestimmten Erfüllungstage zu zahlen. Eine solche Auflage war vollstreckbar [3].

Unsere vollstreckbare Urkunde aber hat sich hauptsächlich aus der ersten Art dieser Instrumentsformen herausgestaltet. Auch in Frankreich war die Unterwerfungsklausel üblich [4], ebenso wie auch die instrumenta confessionata [5]; hier ist aber der große Fortschritt eingetreten: die notarielle Urkunde wurde ohne weiteres vollstreckbar, denn es wurde hier die Unterwerfungsklausel als selbstverständlich betrachtet [6], zuerst mit Beschränkungen und dann unbeschränkt seit einer Ordonnance Franz' I. von 1539. Damit hat das französische Rechtsleben einen ganz neuen Charakter bekommen: durch Notariatsurkunden kann sich der Gläubiger in ähnlicher Weise sichern wie er in alten Zeiten durch die Selbsthilfe gesichert war.

---

[1] Vgl. Gesammelte Beiträge S. 459 f.

[2] C. 3 de pign. Vgl. darüber treffend Wach, Der italienische Arrestprozeß (1868) S. 54 f. und Lattes, diritto consuetud. p. 120. Vgl. auch Durantis IV part. 3 de obl. et sol. § 1 (Ante) nr. 17; Faenza (1527) IV 25, Ancona (1566) III 92, Cesenna (1588) II p. 135. Daher gehören solche Klauseln seit Rolandinus und Durantis zum eisernen Bestand der Vertragsurkunden; vgl. meine Abhandl. in der Festgabe f. Gierke I S. 279 f. Es hat allerdings nicht an Gegenwirkung gefehlt; so bestimmte ein Mailänder Dekret von 1363, es sei nicht gestattet, vigore pactorum bona debitoris zu verkaufen (Antiqua Ducum Mediolani Decreta p. 26). Andere Rechte verlangten vorher eine summarische richterliche Untersuchung, so Senogalia (1537) III 76, Macerata (1553) III 16. Cividale (1309) a. 32 verbietet die Selbstpfändung more teutonico ... non obstante aliquo instrumento vel pacto Cento (1607) I 43 beschränkt sei.

[3] Bartolus zu fr. 12 de bon. auct. jud. nr. 11: Instrumenta confessionata seu guarentigiae habeant vim sententiae definitivae. Eine Vollstreckung aus einem praeceptum guarentigiae vom 10. März 1244 s. bei Sabatini, Docum. dell antica costituzione del comune di Firenze p. 305. Eine Formel des praeceptum findet sich im Stadtrecht von Florenz (1415) II 42. Vgl. auch Lattes, diritto consuetud. p. 125 f., 413; Ficker, Forschungen I S. 46 f.

[4] Vgl. Gesammelte Beiträge S. 496 ff.

[5] Ebenda S. 498. So auch die Coutume von Lamontjoye von 1298, wonach Pfänder genommen werden pro re judicata vel confessionata.

[6] In Südfrankreich schon vor alter Zeit: in Bayonne galten die in die Gemeinderolle eingetragenen Urkunden (arrolhat) als vollstreckbar, Stadtrecht von Bayonne XXIX, 1 in Balasque, Ville de Bayonne II p. 326.

Deutschland hat sich demgegenüber etwas zurückhaltend erwiesen. Allerdings hat auch das deutsche Recht die Pfändungsklausel gekannt[1], und vor allem hat auch der Landfrieden Albrechts I. ausdrücklich erklärt, daß die eigenmächtige Pfändung auf Grund derartiger Urkunden keine Verletzung des Landfriedens sei[2].

Später allerdings hat das deutsche Recht diese ganze Entwicklung vergessen, und von einer folgerichtigen Weiterbildung wie in Frankreich ist keine Rede gewesen. Wir mußten die vollstreckbare Urkunde erst wieder aus Frankreich holen und haben dies recht unvollkommen getan.

Selbst die deutsche ZPO. erkennt die Notariatsurkunde nur dann als vollstreckbar an, wenn sie die Unterwerfungsklausel enthält, und wenn sie auf eine bestimmte Summe Geld oder anderer vertretbaren Sachen geht, also durchaus nicht in vollem Umfang.

Doch die neuere Zeit ist mehr und mehr auch in Deutschland der von mir schon vor Jahren erstrebten Ausdehnung der vollstreckbaren Verträge günstig.

Eine Erweiterung enthält schon die ZPO.: gerichtliche Vergleiche sind vollstreckbar, auch wenn die oben bezeichneten zwei Bedingungen nicht gegeben sind (§ 794 Z. 1 und 2 ZPO.), und dahin gehören auch die Vergleiche vor den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten (§ 57 GewGG. und § 16 KaufmGG.) und vor dem Innungsschiedsgericht (§ 91 b GewO.). Sodann sind vollstreckbar die vorgängigen Vereinbarungen und die Auseinandersetzungen mehrerer Erben im Erbteilungsverfahren vor dem Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 98 Ges. über freiwillige Gerichtsbarkeit) und ebenso die von den Beteiligten anerkannte und darum gerichtlich bestätigte Dispache (§§ 155, 158 dess. Ges.). Von besonderer Bedeutung aber ist es, daß in diesen beiden Fällen das Stillschweigen des zum Widerspruch aufgeforderten Beteiligten der Zustimmung gleichgestellt ist (§§ 86—98, 153—158 dess. Ges.), und darin liegt der gewaltige, dem neuzeitigen deutschen Rechte zu verdankende Fortschritt! Hierher gehört auch der Fall des Vergleichsbürgen im Konkurs, gegen den die Vollstreckung statthaft ist, sofern ein Vollstreckungstitel gegen den Gantschuldner besteht (oben S. 385) und der Bürge auf die Vorausklage verzichtet hat (§ 194 KO.).

Noch weiter geht das Genossenschaftsgesetz: der im Konkurs aufgestellte Teilungsplan: Vorschuß-, Zusatz-, Nachschußberechnung wird trotz des Widerspruchs für vollstreckbar erklärt, unter dem Vorbehalt der Vollstreckungsgegenklage (§§ 107 ff. GenossGes.).

Von besonderer praktischer Bedeutung ist der vollstreckbare Vertrag bei der Hypotheken- und Grundschuldbestellung: hier kann die Unterwerfungsklausel dahin lauten, daß auch der künftige Eigentümer des Grundstücks in Vollstreckung gezogen werden kann, nur muß dieser Zusatz, um wirksam zu sein, im Grundbuch eingetragen werden (§ 800 ZPO.). Damit ist die Hypothekenverfolgung wesentlich erleichtert (vgl. § 1147 BGB.).

Ein Fall allerdings, wo ein vollstreckbarer Titel dringend nötig wäre, fehlt: es ist der Fall des (auf den Schiedsvertrag gebauten) Schiedsspruchs; dieser ist in manchen Prozeßordnungen mit Recht zum vollstreckbaren Titel gemacht; nicht so in der ZPO. Wenn auch der Schiedsspruch in § 1040 einem rechtskräftigen Urteil gleichgestellt wird, so gilt dies nur in bezug auf die zivilrechtliche Erledigung der Sache, nicht in bezug auf die Vollstreckungsfähigkeit: eine Vollstreckung kann erst stattfinden aus einem gerichtlichen Urteil, welches auf Grund dieses Schiedsspruches ergeht; aus einem Urteil, welches zwar von der ZPO. § 1042 als Vollstreckungsurteil bezeichnet wird, aber dieselbe Natur hat, wie das Urteil, welches die Rechtsbeständigkeit des Vergleichs festsetzt; mit anderen Worten: der Schiedsspruch gibt nur einen zivilrechtlichen Anspruch, und eine Vollstreckung findet erst statt, wenn dieser Anspruch durch ein Urteil festgestellt worden ist. Ebenso ist auch die Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs nichts weiter als eine Klage auf Feststellung dessen, daß der Schiedsspruch wirkungslos ist (§§ 1041, 1043 ZPO.).

---

[1] Vgl. hierüber Planitz, Vermögensvollstreckung im Mittelalter I S. 286 f.

[2] Landfrieden Albrechts v. 1301 (M. G. Constit. IV 1 p. 101): a. 9. Man pfendet öch wol umbe kuntliche korngulte und wingulte und zinse und gât daz öch niht an den lantfriden. Anders sol nieman den andern pfenden ane gerihte. Het sich aber ieman verbunden mit sinen brieven, daz men in pfenden sule ane gerihte, den sol men pfenden an sime eigene, an sime erbe, an sime lehene und an sime pfande.

Bei vollstreckbaren Urkunden hat die Vollstreckungsgegenklage eine besondere Bedeutung[1]: denn während die gerichtliche Entscheidung den Anspruch feststeht, so enthält der vollstreckbare Vertrag zwar ein Vollstreckungsrecht, aber keine Feststellung. Hier kann daher durch Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden, daß der vollstreckbare Vertrag nichtig oder anfechtbar ist. Durch sie wird auch die Anfechtung vollzogen, oder wenn die Anfechtung außergerichtlich stattgefunden hat, so wird die auf Grund der Anfechtung eingetretene Nichtigkeit in der obigen Weise zum Ausdruck gebracht. Die Klage ist die wahre Vollstreckungsgegenklage, wenn die Vollstreckung bereits begonnen hat; sonst die ihr entsprechende Feststellungsklage[2].

Der vollstreckbare Vertragstitel kann auf eine andere Person übertragen werden, ebenso wie ein sonstiger vollstreckbarer Titel; nur daß, wenn die Urkunde von dem Notar aufgenommen wird, der Notar oder die Aufbewahrungsbehörde die Vollstreckungsklausel gibt, sowohl die einfache als auch die funktionelle (§§ 794 f. ZPO.).

III. Mahnverfahren.

§ 111. Auch das sogenannte Mahnverfahren ist tief im altdeutschen Prozeß begründet[3]. Der Schuldner wurde aufgefordert, zu zahlen, und nach vergeblicher Aufforderung trat die Selbsthilfe, später die staatliche Pfändung ein. Das konnte er verhüten, wenn er die Aufforderung nicht stillschweigend hingehen ließ, sondern die gerichtliche Entscheidung anrief: dann kam es zum Prozeß, und die Sache wurde in gewöhnlicher Weise erledigt. Dieses Verfahren hat Durantis in seinem Speculum und haben auch die Postglossatoren übernommen, und es ist von da in die italienische und in die deutsche Praxis übergegangen.

So wurde es auch von verschiedenen modernen Prozeßgesetzen[4] ausgebildet, so auch von der deutschen ZPO. Dem französischen Rechte ist es fremd geblieben; eigenartig hat es sich in England entwickelt[5].

Der Kläger begehrt ein Gebot; dieses nennt man heutzutage Zahlungsbefehl. Der Zahlungsbefehl hat nicht etwa den Charakter eines Urteils, auch nicht eines bedingten Urteils, denn er präjudiziert der weiteren gerichtlichen Entscheidung nicht[6]; vielmehr ist er ein Beschluß, welcher eine gewisse Rechtslage herbeiführt: die Rechtslage nämlich, daß unter bestimmten Umständen der Beklagte dem Gebote entsprechend verurteilt werden kann. Diese Umstände sind, daß er in der bestimmten Frist — im Zweifel ist es eine Woche (früher waren es zwei Wochen) — keinen Widerspruch entgegengesetzt hat, und daß der Richter den Klageanspruch als zum Mahnverfahren geeignet erachtet. Der Zahlungsbefehl ist daher ein Beschluß mit Zwangswirkung, indem er den Beklagten bei schweren Folgen zwingt, aus seiner Zurückhaltung herauszugehen und sich zu erklären: dies ist aber völlig germanisch, denn der deutsche Richter kann nach unserer Auffassung die Volksgenossen aufrütteln, wie noch unten, S. 400, auszuführen sein wird.

---

[1] Gesammelte Beiträge S. 459 f.

[2] Handelt es sich um Anfechtung eines Prozeßvergleichs, so geschieht die Anfechtung am besten durch Wiederaufnahme des Prozeßverfahrens, da der Prozeß nur dann erledigt ist, wenn der Vergleich zu Recht besteht. Darüber wird viel gestritten, richtig Lehmann, Prozeßvergleich S. 239 f., wo auch weitere Literatur. Das RG. will eine besondere Klage, 3. 4. 1907 Entsch. 65 S. 420, 5. 1. 1912 Entsch. 78 S. 286. Wie aber, wenn die Parteien sich einen Widerruf vorbehalten haben und dieser Widerruf geäußert wird? Soll auch hier eine Klage nötig sein? OLG. München 29. 7. 1910 Mugdan XXIII S. 156. Vgl. S. 338.

[3] An die Komik grenzt es, daß sich die germanische Rechtsentwicklung hier an eine so abgelegene Stelle des Corpus juris, wie das fr. 5 § 10 de operis novi nunc., anklammern mußte, wie es bei Baldus und anderen geschah. Über das Botverfahren, vor allem in der Schweiz, vgl. meine Abhandlung im Archiv für ziv. Praxis B. 99 S. 284.

[4] Nach den Irrgängen des gemeinrechtlichen Mandatum cum clausula, welches damit, daß es eine Bescheinigung des Antrags verlangte, die ganze Einrichtung entstellte; wobei man sich in höchster geschichtlicher Naivität auf das Interdiktverfahren als seine Quelle berief. Es waren die Zeiten des tiefsten Niedergangs unserer Prozeßwissenschaft. Was insbesondere hierüber Hieronymus Bayer u. a. geschrieben haben, ist mehr als schülerhaft.

[5] Völlig aus deutschrechtlichen Ideen heraus; über diesen writ of special indorsement vgl. Prozeßrechtliche Forschungen S. 136 f., Chitty Forms p. 44 f.

[6] Prozeßrechtliche Forschungen S. 131.

Ursprünglich führte das Mahnverfahren nur zur Vollstreckung, nicht zur Feststellung: auf Grund des Nichtwiderspruchs wurde vollstreckt; über die Schuld konnte anderwärts gestritten werden. Ein Umschwung vollzog sich in Deutschland, als die Schriftsteller des Kammergerichtsprozesses die Theorie des mandatum cum und sine clausula aufstellten, wobei sie eine gewisse Sachprüfung des Richters verlangten und auch im Falle des Widerspruchs ein besonderes Verfahren folgen ließen [1]. So bildete sich der Gedanke, daß im Falle des Nichtwiderspruchs nicht bloß Vollstreckung, sondern auch Feststellung eintrete, und diese Gestaltung hat im neuen Recht überwogen [2]; sie findet sich in Partikulargesetzen des 19. Jahrhunderts, z. B. in der badischen ZPO., und so auch in dem Reichszivilprozeß. Diese Entwicklung hat es nötig gemacht, daß eine besondere richterliche Tätigkeit eingeschoben wurde: der Vollstreckungsbefehl (seinerzeit in Baden Liquiderkenntnis genannt), der die richterliche Feststellung bringt und den Charakter eines Urteils annimmt. Von ihm aus erst ist die Vollstreckung möglich [3].

Nach unserer ZPO. ist das Verfahren statthaft bei Ansprüchen auf Geld oder vertretbare Sachen, und zwar auf eine bestimmte Summe oder Quantität (also nicht etwa auf einen Betrag nach Ermessen eines Dritten oder nach Ermessen des Richters). Der Anspruch kann auch ein Anspruch zugunsten eines Dritten sein, und auch jemand, der nicht für sich, sondern für einen Dritten anspruchsberechtigt ist, kann sich des Mahnverfahrens bedienen, vorausgesetzt, daß die Person des Leistungsempfängers individuell bestimmt wird und nicht erst durch Wahl oder Ermessen bestimmt werden muß. Obligationsrechtlich braucht der Anspruch nicht zu sein, er kann auch auf einem Wertrecht (Grundschuld, Hypothek) beruhen (§ 688 f. ZPO.).

Die Beschränkung des Mahnverfahrens auf die genannten Arten von Ansprüchen wird man wohl gelten lassen müssen. Mißlich aber ist es, daß die ZPO. keine Quantitätsschranken gibt. Hiernach ist es möglich, Zahlungsbefehle auf Tausende, ja, auf Millionen zu erlassen. Das sind aber Werte, welche sich nicht füglich auf so einfache prozessuale Formeln bringen lassen; eine solche unbeschränkte Möglichkeit stellt eine Gefahr für große Vermögen dar: ein Unterlassen des Widerspruchs und Einspruchs aus Versehen oder Leichtsinn kann ein ganzes Vermögen kosten. Es wäre sehr zweckmäßig gewesen, etwa eine Summe, wenn nicht von 300, aber vielleicht von 1000 Mark, als Meistsumme festzusetzen.

Nur unter diesem Vorbehalt kann auch der Gestaltung zugestimmt werden, wonach der Vollstreckungsbefehl zu gleicher Zeit eine Entscheidung enthält, die für die Parteien maßgebend sein soll: es ist zwar im allgemeinen ein richtiges System, wenn man nicht aus einem Prozeß zwei macht, mithin die Sache erledigt und nicht weiteren Streitigkeiten Raum gibt; allein dies doch nur, wenn das Verfahren mit der Größe der Interessen einigermaßen im Verhältnis steht.

Im übrigen ist die Prozedur, welche Unfolgerichtigkeiten und Unzweckmäßigkeiten enthielt, neuerdings gemäß den von mir gemachten Vorschlägen verbessert worden. Von altersher gilt der Grundsatz, daß bei Widerspruch des Beklagten das Verfahren in das ordentliche Verfahren übergeht, in der Art, daß der Zahlungsbefehl wie eine Klage erscheint, transit in vim citationis [4]. Diesem einleuchtenden Gedanken hat die ZPO. entsprochen. Ist die Sache amtsgerichtlich, so steht es jeder Partei zu, einen Termin im ordentlichen Verfahren zu beantragen; ja, dieser kann eventuell auch schon bei dem Antrag auf Zahlungsbefehl beantragt werden. Ist die Sache landgerichtlich, so kann jeder Teil die Verweisung an das Landgericht beantragen, und dieser Antrag kann auch schon bei dem Antrag auf Zahlungsbefehl oder bei dem Widerspruch eventuell gestellt werden (§§ 696, 697 ZPO.).

Der Vollstreckungsbefehl ist also vollstreckbarer Titel und zugleich Versäumnisurteil in der Hauptsache. Der Einspruch greift ihn nach beiden Richtungen an. Erkennt das Amtsgericht den Einspruch für begründet, so ordnet es Termin an, jedoch kann in landgerichtlichen Sachen jeder Teil die Verweisung an das Landgericht beantragen (§ 700 ZPO.).

---

[1] Reichsabsch. 1594 § 80, Jüngster RA. § 81.

[2] Über die Entwicklung in Preußen vgl. Koch, Preuß. Zivilprozeß, S. 725 f.

[3] Es bedarf eines besonderen Antrags nach Ablauf der Widerspruchsfrist; ein eventueller Antrag auf Vollstreckungsbefehl, zugleich mit dem Antrag auf Zahlungsbefehl, ist sinnwidrig; vgl. darüber JW. 40 S. 125.

[4] Wie eine citatio im ordentlichen Prozeß; ein Übergang in den Wechselprozeß ist nicht zulässig und würde die Sache unzweckmäßig verwickeln, RG. 13. 3. 1912 B. 79 S. 69.

IV. Urkundenprozeß.

§ 112. Der vollstreckbaren Urkunde wie dem Mahnverfahren verwandt, wenn auch von beiden konstruktiv verschieden, ist der Urkundenprozeß. Er hat sich aus dem Verfahren mit vollstreckbarer Urkunde entwickelt, und zwar durch Entwicklung des mandatum sine clausula. An Stelle der Vollstreckbarkeit der Urkunde trat schon im italienischen Rechte, und entsprechend auch im deutschen Kammergerichtsprozeß das Verfahren, daß auf Grund der Urkunde zuerst ein Zahlungsgebot des Gerichts erging. Damit war man bereits von der Vollstreckungsnatur abgekommen: die Vollstreckung sollte nicht aus dem in der Urkunde enthaltenen Vertrag, sondern aus dem Zahlungsgebot, dem mandatum erfolgen. War man einmal so weit, so führte ein weiterer Schritt zu folgender Umgestaltung: der Beklagte konnte dem Mandat trotz seiner Unbedingtheit immer noch entgegentreten; hatte man doch auch schon früher gegen vollstreckbare Urkunden gewisse Einwände gestattet, welche die Vollstreckung hemmten [1]. Jetzt gab man dem Ganzen die Gestalt, daß schon im Mandat eine Frist gesetzt wurde, in der der Beklagte erscheinen und entweder die Erfüllung des Mandats nachweisen oder jene Einwendungen bringen sollte. Hiermit war der Weg zu einer Verhandlung in der Sache angebahnt, und das Mandat war nichts anderes mehr als eine Klage, allerdings mit der überschießenden Wirkung, wie im bedingten Mandatsprozeß, daß der Beklagte im Falle des Nichterscheinens ohne weiteres sachfällig wurde. Im Termin aber sollte der Beklagte nur bestimmte Einwendungen bringen dürfen; welche — darüber hat man viel geschwankt. Die frühere Entwicklung bezeichnete gewisse Arten von Einreden; später führte das praktische Bedürfnis dahin: Einreden aller Art sollten zulässig sein, sofern sie nur schleunig bewiesen werden könnten, während alle nicht schleunig beweisbaren späterem Verfahren vorbehalten wurden. So gestaltete sich der Urkundenprozeß. Er ist auch in die ZPO. übernommen worden, obgleich wir das Verfahren mit vollstreckbarer Urkunde haben; aber aus einem besonderen Grund. Jenes Verfahren läßt sich rationell nur bei öffentlichen Urkunden durchführen; Privaturkunden widerstrebt es [2]. Wie nun schon im gemeinen Prozeß die Übertragung des mandatum sine clausula auf Privaturkunden hauptsächlich dazu beigetragen hat, der Sache diese Wendung zu geben — denn bei der Privaturkunde ist es höchst bedenklich, ohne weiteres eine Vollstreckung zuzulassen —, so ist die Privaturkunde der Hauptkreis dessen, was man im neuerlichen Recht Urkundenprozeß nennt; und die verbreitetste Art ist der Wechselprozeß, welcher im allgemeinen den Regeln des Urkundenprozesses folgt, mit einigen der Beschleunigung dienenden Besonderheiten. Den Urkundenprozeß gestattet man für Anspruch auf eine bestimmte Summe Geld oder vertretbare Sachen [3]; man verlangt aber, daß der Anspruch völlig mit Urkunden dargetan werden kann, welche Urkunden übrigens auch Urkunden mit bloß mittelbaren Beweisgründen sein können [4].

Im übrigen muß der Kläger in der Klage erklären, daß er den Urkundenprozeß wolle; dann wird der Beklagte nur mit solchen Einwendungen gehört, welche er durch Urkunden oder durch Eideszuschiebung beweist, und der Kläger kann nur mit solchen Tatsachen erwidern. Daraufhin ergeht ein Vorbehaltsurteil; im Nachverfahren, zu dem der eine Teil den anderen laden darf, kann alles nachgebracht werden, was im bisherigen Verfahren ausgeschlossen war. Der Weg des Verfahrens besteht also in der Teilung des Prozesses in zwei Verfahrensweisen, in deren Mitte das Vorbehaltungsurteil steht; auf diese Weise hat man den Gedanken

[1] Gesammelte Beiträge S. 500. Manchmal hatte der Kläger seine Forderung zu beschwören, so in Valenciennes (ebenda S. 461). Auch Albericus de Rosato, Tract. de stat. qu. 152, bestätigt, daß der Schuldner nach dem Rechte vom Montpellier, gegenüber einer Urkunde mit dem sigillum parvum regis Franciae, drei Einreden hatte, die exceptio rei iudicatae, pacti de non petendo, solutionis.

[2] Man müßte denn zu dem ingeniösen Mittel des spanischen Prozesses greifen: hier kann bei der Privaturkunde der Kläger den Beklagten zur Anerkennung der Echtheit der Urkunde laden; erscheint er nicht, dann wird die Privaturkunde wie eine öffentliche Urkunde vollstreckbar; vgl. Prozeßrechtliche Forschungen S. 128.

[3] Auch für Ansprüche auf Duldung der Zwangsvollstreckung, RG. 50 S. 52.

[4] Vgl. Oberst. LG. München 22. 3. 1887 Seuffert 42 nr. 336.

der Zerlegung des Prozesses auch hier dem Beschleunigungsbestreben dienstbar gemacht. Entsprechend wird auch das Vorbehaltsurteil von Amts wegen für vorläufig vollstreckbar erklärt (§§ 592 ff., 708 ZPO.).

Fehlen die Voraussetzungen des Urkundenprozesses, so wird die Klage in dieser Prozeßart abgewiesen (durch Abstandsurteil, absolutio ab instantia), § 597 ZPO., wogegen die Berufung stattfindet. Erfolgt dann der Urkundenprozeß zweiter Instanz, so findet auch das Nachverfahren in zweiter Instanz statt.

V. Arrestprozeß.

§ 113. Völlig dem germanischen Rechte gehört der Arrestprozeß an. Er hat sich überall im deutschen Rechte aus der Selbsthilfe entwickelt, welche man meist unter Zuziehung einer obrigkeitlichen Person zuließ[1]. Seine eigentliche Gestaltung aber gewann er im mittelalterlichen Italien, und zwar zunächst als Personalarrest, indem man den fremden Schuldner mit seiner Person festhielt, bis er durch Zahlung ausgelöst wurde. Dieses Verfahren beschränkte sich durchaus nicht auf die Einzelperson, sondern die ganze Stadtgemeinde mußte für den Schuldner einstehen. Das ganze Mittelalter ist gekennzeichnet durch den sogenannten Repressalienarrest: wenn jemand den Bürger einer anderen Stadt zum Schuldner hatte und dieser nicht zahlte, so pflegte man ohne weiteres einen jeden anderen Bürger, dessen man habhaft werden konnte, in Haft zu legen, bis die Schuld ausgelöst war[2]. Auch für die Schuld einer Stadtgemeinde mußte ein jedes Mitglied persönlich einstehen. Erst allmählich haben die miteinander vertrauten und verbündeten Städte, z. B. Städte der lombardischen Liga, diese Repressalienhaftung aufgegeben[3], so daß ein Stadtbürger — sofern er nicht selbst Schuldner war — sicher und ungestört das Gebiet einer fremden Stadt betreten konnte[4]. Eine ähnliche Entwicklung ließ sich in den deutschen Städten verfolgen, so in Verträgen zwischen Worms und den Nachbarstädten[5]. Außerdem bestanden die Privilegien der Marktfreiheit[6].

---

[1] So in Italien, vgl. Ivrea (14. Jahrh.) Mon. hist. patr. I p. 1239, Teramo (1440) p. 25 (Ed. Savini); eine Besonderheit ließ man bei dem Wirt gegenüber fremden Gästen zu, Turin (1360) M. h. p. I p. 712. So auch in den nordfranzösischen Stadtrechten des 12. und 13. Jahrhunderts. So in Soissons: nul ne peut saisir sinon le maire et les jurés (bei Collinet, Étude sur la saisie privée p. 131 f., wo auch andere Belege).

[2] Alb. de Rosato de stat. qu. 52. Vgl. Wach, Der italienische Arrestprozeß S. 47 f. In manchen Statuten wurde er beschränkt auf den Fall, daß die Bürger trotz Anforderungen an die fremde Stadt dort ihr Recht nicht erlangten; so Pistoja (1296) IV 142, Rom (1363) I 104, 106, Piacenza (1391) IV 37, 38, Castellarquato (1445) IV 51 u. a. Ist der Repressalienarrest ausgeübt, so hat die Stadt sofort dafür zu sorgen, daß der wahre Schuldige die Lösung herbeiführt, Pistoja (1296) IV 79. Über das Verfahren in Florenz vgl. Lastig, Entwicklungswege des Handelsrechts S. 270 f. und Z. f. Völkerrecht I S. 284. Über den Repressalienarrest in Südfrankreich vgl. Stadtrecht von Bayonne (1273) a. 104 (Balasque Ville de Bayonne II p. 333), Fors de Béarn (bei Bourd. de Richeb. IV p. 1084).

[3] So Statuten von Parma I p. 59, I 2 p. 257 (in der Mon. ad hist. Parm. pert.); so Novara (1460) c. 107; so bestand ein Vertrag zwischen Bologna und Florenz de non conveniendo unum pro alio (Bologna stat. 1250 I 1 p. 65 in den Mon. istor. di Romagna), ebenso ein Vertrag von 1266 zwischen Padua und Treviso (Statuten von Padua nr. 1379).

[4] So auch in Frankreich und England seit dem 12. Jahrhundert. Vgl. die lehrreiche Studie von Collinet, Études sur la saisie privée p. 106 f. So Soissons a. 11: nemo capietur, nisi sit debitor vel fidejussor (ib. p. 107); so Peronne a. 18: nullus vel res ejus pro debito alterius arrestetur, de quo non sit debitor vel plegius (ib.) u. a. Über den Repressalienarrest bei Marktschulden vgl. Huvelin, Droit de marchés et foires p. 429.

[5] Kohler und Köhne, Wormser Recht S. 31. Aber noch die sächsischen Konstitutionen 1572 I 30 mußten bestimmen, daß der „Kummer" nur die Partei, nicht auch ihre Landsleute treffen dürfe, und nach diesen Konstitutionen 1572 I 29 und der sächsischen PO. 1622 tit. 51 § 10 mußte der Kummer je innerhalb 14 Tagen zweimal erneuert und das zweitemal Klage in der Hauptsache und Ladung des Schuldners damit verbunden werden. Einen Fall des Repressalienarrests aus 1660 s. in meinen „Beiträgen zur german. Privatrechtsgesch." III, S. 29.

[6] Vgl. Huvelin p. 442 f., Collinet, Saisie privée p. 111, Statuten von Mirandola (1386) VI p. 144, Privileg von 1408 in Kohler und Liesegang, Beiträge zur Gesch. des Röm. Rechts II S. 120.

Wie man aber die Person verhaftete, so verhaftete man auch ihre Waren, wenn man ihrer habhaft werden konnte, und es entwickelte sich neben dem persönlichen der dingliche Arrest, namentlich als Fremdenarrest [1].

Auf solche Weise ist das Institut in das neuzeitige Recht herübergekommen; den Repressalienarrest hat man, als dem modernen Gerechtigkeitssinne widersprechend, abgeworfen, denn ein solches Haften eines einzelnen für alle Bürgergenossen konnte nur in früheren Zuständen innerlich begründet erscheinen, bei der starken Entwicklung des genossenschaftlichen Lebens, das allmählich gesprengt wurde. Aber auch die Geschichte des persönlichen Arrests zeigt eine ständige Milderung. Man konnte ursprünglich den Schuldner, auch wenn er nichts hatte, verhaften, um Dritte auf solche Weise zu nötigen, für den Unglücklichen einzutreten: man spannte gleichsam den Schuldner auf die Folter und veranlaßte dadurch Verwandte und Freunde, sich seiner zu erbarmen; die Verhaftung war hier nicht der unmittelbare Zweck der Maßnahme, sondern nur ein Beugungsmittel, um etwas anderes zu erzielen.

Diese Art der Arrestierung ist bis in die moderne Zeit gebräuchlich gewesen; allmählich hat man sie aufgegeben und die Verhaftung bedeutend beschränkt. Zwar suchte man immer noch die Inhaftnahme als eine Art von Folter zu benutzen, aber nicht mehr als Folter, um das Mitleid und Mitgefühl Dritter zu erregen, sondern als Folter, um den Schuldner selber zu zwingen, sein eigenes Vermögen herbeizuschaffen [2]. Es hing dies mit dem ganzen Foltersystem des Mittelalters zusammen, denn man glaubte sich auch berechtigt, den Gantschuldner zu foltern, um Vermögensstücke anzugeben [3]. Hier konnte also die Verhaftung nur einen Zweck haben, solange der Schuldner Vermögensstücke besaß: er sollte sie aus dem Versteck herbeischaffen, er sollte sie aus dem Auslande ins Inland bringen, er sollte ihre Verwertung und Liquidation fördern; der Nachweis, daß der Schuldner kein Vermögen mehr besaß, mußte ihn daher von der Verhaftung befreien.

Aber auch dieser Gedanke der Folterung des Schuldners ist aufgegeben worden; zwar kennt unser Recht noch einen Zwang zu Handlungen der Willkür, es kennt im Konkurs auch noch einen Zwang zum Angeben der Vermögensstücke und zur Erteilung der nötigen Auskünfte; dagegen ist ein Rechtszwang, Vermögen herbeizuschaffen, nicht mehr als statthaft erschienen, und es kann darum ein Ausländer nicht mehr zu dem Zweck verhaftet werden, um sein Vermögen ins Inland zu verbringen. Was noch heutzutage statthaft ist, ist folgendes: der Schuldner soll jedenfalls nichts tun, um die Vollstreckungsmaßnahmen zu durchkreuzen; dies zu verhindern, kann man ihn in Haft nehmen, so lange als die Gefahr einer die Vollstreckungstätigkeit hemmenden und die Vollstreckungszwecke erschwerenden Wirksamkeit des Schuldners besteht (§ 918 ZPO.).

Von viel größerer Bedeutung ist heutzutage der sogenannte dingliche Arrest: ein Aushilfsmittel für den Fall, daß zwischen Rechtsfestsetzung und Vollstreckung ein zeitliches Mißverhältnis eintritt. Nicht selten würde durch die Rechtsfestsetzung die richtige Zeit versäumt, um die Vollstreckung vorzunehmen und den Gläubiger zu einem wirksameren Ergebnis zu führen; nicht selten ist die Gefahr vorhanden, daß der Schuldner sein Vermögen verschleudert, daß er es ins Ausland schafft, oder daß Vermögensstücke, die gerade zur Hand sind, verschwinden und unfaßbar werden. Dieser Widerspruch von Rechtsfestsetzung und Rechtsverwirklichung soll dadurch ausgeglichen werden, daß man zugunsten des die Verantwortung übernehmenden Klägers einen vorläufig vollstreckbaren Titel schafft [4], sobald er nicht nur seine Forderung, sondern auch die Art der Gefährdung glaubhaft macht.

Ausnahmsweise ist ein Arrest ohne besondere Gefährdung statthaft: zur Sicherung des Bodmereigläubigers, sobald das Schiff im Bestimmungshafen angelangt ist (§ 691 HGB.).

[1] Vgl. Beaumanoir XV 24, Coustumes du Chatelet a. 49, Jean des Mares a. 233, Cout. de Paris (1510) a. 192, (1580) a. 173, Orléans (1583) a. 442, Rheims (1556) a. 407 und andere. Ferner die Nachweise bei Schauberg, Zeitschr. f. Schweizer Rechtsquellen I S. 233 N. 1 und andere.

[2] Dieselbe Entwicklung läßt sich im Islam verfolgen; vgl. Fathy, La doctrine Musulmane de l'abus des droits (1913) p. 242 und darüber Z. vgl. R. XXIX S. 441.

[3] Leitfaden des Konkursrechts, 2. Aufl. S. 16.

[4] Vgl. Peckius de jure sistendi c. 4: ab ipsa arrestatione incipiendum esse, alioqui enim fugam facile adornaret debitor.

Der Vollstreckungstitel, welcher das Persönlichkeitsrecht in der Art steigert, daß der Rechtsbehauptende eine einstweilige Vollstreckung vornehmen kann, ist der Arrestbefehl, der ohne Gehör des Gegners erlassen werden kann (als Beschluß) oder nach mündlicher Verhandlung mit ihm (durch Urteil); wenn nämlich das Gericht erklärt, nur gegen Gehör des Gegners entscheiden zu wollen, so hat der Arrestsucher den Gegner zu laden, und es ergeht dann der Arrestbefehl nach erfolgter Verhandlung in Form eines Urteils. Aber auch in dem ersten Fall kann nachträglich ein solches Urteil erzielt werden, sofern der Beklagte gegen den in Form eines Beschlusses ergangenen Arrestbefehl Widerspruch erhebt: er tut dies durch Ladung des Klägers vor Gericht, und dann entwickelt sich eine Verhandlung, auf Grund welcher der durch Beschluß erteilte Arrestbefehl entweder aufrechterhalten oder aufgehoben wird [1]. Gegen das Urteil sind die entsprechenden Rechtsmittel zulässig; jedoch ist neuerdings hier, wie in allem, was Arrestbefehl oder einstweilige Verfügung angeht, die Revision ausgeschlossen worden (§ 545 Abs. 2 ZPO.).

Der Arrestbefehl als vollstreckbarer Titel muß eine Summe angeben, für welche die Vollstreckung zulässig ist, und durch deren Hinterlegung die Vollstreckung verhindert wird, denn ein Geldpfand ist mindestens ebensoviel wert als ein Sachpfand (§ 923 ZPO.).

Damit ist das Arrestverfahren erledigt. Sache des Klägers ist es, auf Grund dieses vollstreckbaren Titels Vollstreckung zu erwirken durch Pfändung: von beweglichen Sachen, von Rechten (durch Arrestatorium und Inhibitorium); bei unbeweglichen Sachen durch die Eintragung einer Sicherungshypothek (§§ 930 f.). Vgl. S. 376.

Eine Eigenart dieses vollstreckbaren Titels ist, daß er innerhalb bestimmter Zeit zur Ausführung gebracht werden muß, ansonst er seine Kraft verliert. Solche Erscheinungen finden sich auch sonst im Rechtsleben; z. B. im französischen Recht erlischt ein Versäumnisurteil, das nicht zur Vollstreckung gebracht wird, in sechs Monaten, und bei dem Arrest treffen wir eine solche Behandlung häufig [2]: denn der Arrest ist ein außerordentliches Aushilfsmittel für die Gegenwart und soll nur in der Gegenwart wirken. Die Frist, innerhalb welcher er bei uns ausgeführt werden darf, ist ein Monat (früher zwei Wochen) seit der Verkündung. Das hat zu großen Schwierigkeiten geführt, weil man früher annahm, daß der Arrestbefehl, wie andere vollstreckbare Titel vor (oder bei) seiner Vollstreckung zugestellt werden müsse. Dieses Erfordernis aber ist für den Arrest sinnlos, widerspricht seinem Zweck und Wesen und ist daher aufgegeben worden (§ 929 ZPO.); es genügt, wenn die Zustellung in einer kurzen Frist nachfolgt, und diese Frist wird, wenn die Zustellung im Auslande oder durch offizielle Bekanntmachung erfolgen soll, dadurch gewahrt, daß innerhalb dieser Frist der Antrag auf Veranlassung solcher Zustellung bei Gericht gestellt wird (§§ 929, 207).

Wie ein sonstiger vollstreckbarer Titel, so kann der Arrestbefehl aufgehoben werden, und die Folge ist die, daß daraus nicht mehr vollstreckt werden darf, und daß die bereits erfolgten Vollstreckungshandlungen zurückzunehmen sind. Ein besonderer Grund der Aufhebung ist die Änderung der Umstände: der Arrestbefehl ist aufzuheben, wenn die dringlichen Verhältnisse nicht mehr vorhanden sind, oder wenn sie nur aus Irrtum unterstellt wurden, oder wenn die Arrestforderung nicht besteht oder aufgehört hat zu bestehen: in diesen Fällen ist der Arrestbefehl auf Grund einer Vollstreckungsgegenklage aufzuheben, die mit dem Hauptprozeß verbunden werden kann (§ 927); das aufhebende Urteil ist als sofort vollstreckbar zu erklären (§ 708). Wird rechtskräftig erkannt, daß die Forderung nicht besteht, so erfolgt die Aufhebung von selbst und bedarf keines Aufhebungsbeschlusses [3].

Der Arrestbefehl ist ein unvollkommener Vollstreckungstitel; er gibt nur die Befugnis zur Pfändung, nicht zu etwas weiterem, und auch die Pfändung kann der Gegner durch Hinterlegung abwenden (§ 934). Findet daher eine Forderungsarrestpfändung statt, so kommt der § 1281 BGB. zur Geltung: der Drittschuldner hat zu hinterlegen oder nach zustimmender Erklärung des Arrestgläubigers und Arrestschuldners zu zahlen [4]. Will der Kläger

[1] Über den Begriff des Widerspruchs s. oben S. 361. Im amtsgerichtlichen Verfahren erfolgt keine Ladung, sondern Antrag bei Gericht, welches die Termine bestimmt und den Parteien bekannt macht, § 924.

[2] Vgl. Sächs. Konstit. 1572 I 29.

[3] RG. 29. 6. 1909 Entsch. 71 S. 310.

[4] R. G. 19. 4. 1912 J. W. 41 S. 753.

mehr, so ist es seine Sache, einen vollstreckbaren Titel gewöhnlicher Art, z. B. ein Urteil zu erwirken und dieses zur Vollstreckung zu bringen, wobei natürlich die neue Pfändung lediglich in der Form der Anschlußpfändung zu geschehen braucht. Dann entwickelt sich die Sache in gewöhnlicher Weise weiter; die Arrestvollstreckung aber hatte die Funktion, durch vorläufige Pfändung die Sache festzuhalten und die endgültige Vollstreckung zu ermöglichen.

VI. Einstweilige Verfügung.

§ 114. Die einstweilige Verfügung stand früher in strenger Verbindung mit dem Prozeß, insbesondere mit dem Besitz- und Eigentumsprozeß, und bestand hauptsächlich in der Sequestration der streitigen Sache, um ihre Verschlechterung im Laufe des Prozesses zu verhüten; und im Eheprozeß und Entmündigungsverfahren erfolgte sie, um die Schwierigkeiten des sich trennenden gemeinschaftlichen Lebens bis zur endgültigen Lösung zu begleichen.

Im modernen Recht hat sie einen gewaltigen Aufschwung genommen; sie ist ein Kennzeichen der großen Industriestaaten; in England und Amerika wäre das Recht nicht ohne die einstweilige Verfügung, die provisional injunction, denkbar: je verwickelter die Verhältnisse und je nötiger die schleunige Abhilfe, desto notwendiger ist dieses Mittel, welches Schnelligkeit und Vorsicht in sich vereinigt.

Während der Arrest die einstweilige Vollstreckung eines Geldanspruchs bezweckt, so will die einstweilige Verfügung die Vollstreckung eines sonstigen Anspruchs sichern, insbesondere eines Anspruchs auf Tun oder Nichttun; so, wenn ich einen negatorischen Anspruch habe auf Ablassen von einer mein Eigentum schädigenden Tätigkeit, oder auf Ablassen von einer das Patent verletzenden Produktionsweise. Daneben hat sich das Institut auch in seiner alten Funktion erhalten, als Sequestration oder sonstige Sicherung eines streitigen Besitzstandes. Ein neues Gebiet ist ihm im Grundbuchwesen erwachsen: dieses kann nicht bestehen ohne die Möglichkeit der Vormerkung und des Widerspruchs, weil nur so die Gefahr beseitigt werden kann, welche in dem guten Glauben des Grundbuchs liegt (§§ 885, 899 BGB.); beide aber bedürfen als Grundlage der einstweiligen Verfügung.

Die einstweilige Verfügung ist wie der Arrest ein provisorisch vollstreckbarer Titel, welcher Glaubhaftmachung und Übernahme der Gefahr voraussetzt und daraufhin das Persönlichkeitsrecht des Klägers dahin steigert, daß er zu Vollstreckungsmaßnahmen befugt wird. Sie ergeht meist kraft Urteils nach mündlicher Verhandlung durch das Gericht der Hauptsache (§ 937), ausnahmsweise auch ohne mündliche Verhandlung durch das Amtsgericht der gelegenen Sache (aber meist nur als summariissimum. d. h. unter Ansetzung einer Frist, in welcher der regelrechte Antrag bei dem Hauptgericht zu stellen ist [§ 942]). Regelmäßig verlangt sie außer der Glaubhaftmachung des Anspruchs noch die besondere Dringlichkeit (§§ 935, 936). Doch gibt es Fälle, wo eine besondere Dringlichkeit erfordert wird; so:

1. im Eheprozeß bezüglich des einstweiligen Aufenthalts und bezüglich des Unterhalts der Familienangehörigen (§ 627 ZPO.), und entsprechend im Entmündigungsverfahren (§§ 672, 684, 686);
2. in den eben bezeichneten Fällen der Vormerkung und des Widerspruchs: hier kann auch das Amtsgericht der gelegenen Sache angerufen werden, § 942;
3. als Gegenwirkung gegen den unlauteren Wettbewerb (§ 25 Wettbewerbgesetzes v. 1909).

Erforderlich wäre eine Erstreckung des vorigen Falles auf das ganze Gebiet des Industrierechts.

Die Vollstreckung der einstweiligen Verfügung erfolgt, wenn es sich um die Pflicht zur Unterlassung handelt, durch ein Strafverbot [1], in Grundstücksachen durch Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs im Grundbuch (§§ 885, 899 BGB.).

Wer einen Arrestbefehl oder eine einstweilige Verfügung erwirkt, der übernimmt von selbst alle Garantie für den Schaden, welcher dem anderen hierdurch erwächst, falls

[1] Welches zuzustellen ist, RG. 21. 3. 1902 Entsch. 51 S. 129, RG. 8. 7. 1910 JW. 39 S. 831.

die Maßnahme sich objektiv als unzutreffend erweist (§ 945 ZPO.). Dies versteht sich von selbst: ein vollstreckbarer Titel auf solch schwankender Grundlage kann nur unter vollständiger Gefahrübernahme erfolgen. Eine Gesetzgebung, welche das Gegenteil besagte (früher hat man das Gegenteil angenommen), würde die menschlichen Interessen schwer schädigen[1].

Die Schadenersatzpflicht entspringt aus dem Prozeß, ist aber im übrigen eine zivilistische Pflicht und folgt den zivilistischen Grundsätzen[2].

Zweites Buch.

Richterliche Fürsorge.

§ 115. Der germanische Grundsatz der richterlichen Fürsorge zeigt sich insbesondere im Institut der Sicherung des Beweises oder des Beweises zum ewigen Gedächtnis. Sobald nämlich Gefahr vorhanden ist, daß durch weiteren Aufschub das Beweismittel verloren geht, z. B. der Augenschein, der Zeugenbeweis, so kann auf Antrag eine Aufnahme des Beweises vor der Zeit begehrt werden, sei es im Laufe des Prozesses, sei es vor dem Prozeßbeginn; dies auch dann, wenn der Gegner noch gar nicht ermittelt ist. Im letzten Fall kann ein Prozeßstandschafter für den unbekannten Gegner bestellt werden; sonst ist der Gegner selbst zu der Beweiserhebung zu laden (§§ 485, 491, 494 ZPO.).

Völlig germanisch ist, daß bei beiderseitiger Übereinstimmung die Beweiserhebung auch ohne Dringlichkeit stattzufinden hat (§ 489), denn möglicherweise kann hierdurch ein Streit außergerichtlich erledigt werden; ebenso die Bestimmung, daß, wenn Mängel einer gekauften Sache oder eines gelieferten Werkes oder der Zustand eines Transportgutes festgesetzt werden soll, ohne weiteres die Beweisaufnahme begehrt werden kann, wodurch zweifelhafte Verhältnisse beglichen und künftige Streitigkeiten verhütet werden können, (§ 488 ZPO.; vgl. §§ 459 f., 482 f., 493, 524, 633 f. BGB., §§ 388, 407, 417 HGB.). Ergänzend tritt § 164 GfG. ein (§§ 1034, 1067, 1372, 2122 BG., 438, 464, 608 HGB. u. a.).

Drittes Buch.

Soziale Erstreckung der Prozeßfolgen.

I. Allgemeines.

§ 116. Das germanische Recht hat den Grundsatz, daß das Urteil nur unter den Parteien wirkt, nicht mit voller Liebe angenommen. Aus den Zeiten der Volksversammlungen ist der Gedanke übriggeblieben, daß eine Entscheidung mehr oder minder für alle gelten müsse, denn es sei Sache aller Beteiligten, nötigenfalls in den Prozeß einzutreten und das Urteil zu beeinflussen; ein jeder, der davon getroffen sei, habe darum in das Verfahren einzuwirken: der Gedanke, daß der Prozeß ein individuelles Rechtsverhältnis ist, konnte nicht völlig durchschlagen, denn der Prozeß sollte zugleich ein Verhältnis sein, das die ganze Volksversammlung anging. Dieser Gedanke ist in solchen Ländern, wo die germanischen Gedanken des Prozesses länger bestanden hatten, immer noch mächtig geblieben, ja, er ist im Begriff, sich neue und immer neue Bahnen zu erkämpfen. Wir haben im allgemeinen das römische System angenommen,

---

[1] Die Frage der Entschädigung ist lediglich nach objektiven Gesichtspunkten zu bemessen. Bestand die Forderung nicht, so war die Arrestierung eine ungerechtfertigte, auch wenn für ihr Vorhandensein die triftigsten Gründe sprachen. War die Forderung nicht gefährdet, so war die Arrestierung gleichfalls eine unberechtigte, auch wenn sie nach allen Umständen als gefährdet schien. Das Reichsgericht hat sich nicht immer auf den richtigen Standpunkt gestellt, z. B. 31. 1. 1908 Entsch. 67 S. 365.

[2] Daher ist Aufrechnung statthaft, RG. 19. 6. 1911 Entsch. 76 S. 406; daher gilt die Verjährung des § 853, RG. 3. 12. 1910 JW. 40 S. 153.

welches den individuellen Prozeß schärfer betont als das germanische; aber trotzdem gibt es auch bei uns einige Fälle, wo der Gedanke durchbricht, daß die Folgen des Prozesses nicht auf die Parteien beschränkt sein sollen, sondern sich auf alle Interessenten erstrecken.

Ein Ausläufer dieses Gedankens war schon der vielverbreitete mittelalterliche Satz, daß eine Entscheidung auch Dritten gegenüber mindestens ein praejudicium, einen halben Beweis für das Recht ergebe [1].

Der letzte Ausläufer dieser Bestrebungen ist der Satz des schwedischen Rechts, daß das Urteil auch gegen Dritte gilt, welche Jahr und Tag ihm nicht widersprochen haben [2].

Andere Fälle sind die des altitalienischen Rechts, wo man dem Dritten die Drittappellation gewährte; sodann die französische tierce opposition und der collateral attack des nordamerikanischen Rechts.

Bei uns lassen sich drei Ausflüsse dieses Gedankens entdecken:

1. die Rechtskraft in Statusprozessen;
2. die Wirkung auf Dritte kraft Zuzugs Dritter; so Hauptintervention und ähnliche Einrichtungen;
3. das Aufgebotsverfahren.

II. Rechtskraft in Statusprozessen.

§ 117. Der Grundsatz des individuellen Prozesses wird in Statussachen durchbrochen; eine solche Durchbrechung liegt aber noch nicht darin, daß die für nichtig erklärte Ehe fürder allen gegenüber für nicht mehr bestehend gilt, und daß die festgestellte Kindschaft fürder allen gegenüber als Kindschaft gilt; denn dies ergibt sich aus der res judicata von selbst.

Unsere ZPO. aber geht weiter: sie bestimmt, daß eine derartige Entscheidung auch in ihrer Wirkung auf die Vergangenheit für Dritte maßgebend ist. Die Ehe ist also für Dritte nicht nur nichtig von diesem Augenblicke an, sondern sie gilt als niemals gültig gewesen. Diese Wirkung ist überschießend, beruht aber auf der Erwägung, daß in solchem Falle alle Maßregeln getroffen sind, um ein wahres und von der Willkür der Parteien unabhängiges Ergebnis zu erzielen. Anderseits ist es für die Regelung der Verhältnisse von Vorteil, wenn eine einheitliche, mit gleicher Wirkung gegen alle ausgestattete Entscheidung erfolgt. Wünschenswert wäre es, wenn hier etwaige Drittinteressenten durch ein Aufgebot oder in irgendeiner Weise herangezogen würden, um im Prozesse mitzuwirken, so daß die Wirkung sich auch nach streng prozessualen Grundsätzen rechtfertigte. Dies hat die ZPO. §§ 629, 643 unterlassen, obgleich doch der Gedanke sehr nahe gelegen wäre. Doch werden die Härten für gutgläubige Dritte durch § 1344 BGB. möglichst ausgeglichen.

Diese soziale Wirkung tritt jedoch nur dann ein, wenn die Entscheidung gegenüber dem legitimus contradictor erfolgt ist, d. h. gegenüber dem, auf den sich das Rechtsverhältnis unmittelbar bezieht, und zwar auf den allein es sich unmittelbar bezieht. Anders wäre es, wenn noch ein zweiter legitimus contradictor vorhanden wäre: dieser wäre natürlich nicht gebunden. Daher kann z. B. die Entscheidung über Gültigkeit der Ehe nicht gegenüber einem anderen, früheren oder späteren Ehegatten wirken; die Entscheidung über die elterliche Gewalt kann nicht wirken gegenüber einem anderen, der selber die elterliche Gewalt in Anspruch nimmt. Von den zwei legitimi contradictores muß der eine so viel gelten wie der andere.

III. Zuzug Dritter.

1. Hauptintervention.

§ 118. Der germanische Satz, daß, wer ein gegen sich gerichtetes Verfahren vor sich sieht und nicht hindernd eintritt, sich die Folgen gefallen lassen muß, hat zum Prozeßinstitut der sogenannten Hauptintervention geführt. Wenn zwei Personen über Eigentum oder über

[1] So z. B. die Entscheidung der Rota Genuae, Decis. 103 (Kölner Ausgabe 1622).
[2] Vgl. die Stelle bei Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft S. 40.

ein sonstiges Recht miteinander streiten, während es ein Dritter für sich beansprucht, so erwartet man, daß dieser in den Prozeß einwirken werde, um zur Geltung zu bringen, daß keiner von beiden, weder der Kläger noch der Beklagte, sondern daß e r der Berechtigte ist. Diesem germanischen Gedankengang war es völlig entsprechend, daß dieser Dritte in das schwebende Verfahren selbst eintrat. Lange Zeit hat man daher die Sache so gestaltet: der alte Prozeß blieb bestehen, und der Dritte wurde mit seinem Vorbringen im gleichen Prozeß berücksichtigt, so daß der Prozeß zu gleicher Zeit die Sache für sämtliche Beteiligten zur Erledigung brachte [1]. Diese Idee fand aber große Schwierigkeit in der Parteigestaltung, und da die Versuche der klaren Durchführung nicht zum Ziele führten, so wählte man einen anderen Weg: man trennte die beiden Prozeßverhältnisse und schuf zwei Prozesse, den ursprünglichen Prozeß und einen Prozeß des Hauptintervenienten gegen die beiden Prozeßparteien; eine Beeinflussung des einen dieser Prozesse durch den anderen fand nun nicht mehr statt, höchstens in der Art, daß der ursprüngliche Prozeß einstweilen ruhen blieb, weil er sich als müßig herausstellen mußte, wenn der Hauptintervenient durchdrang; denn triumphiert dieser über A. und B., so ist es bedeutungslos, zu untersuchen, ob, wenn man von seinem Recht absieht, A. oder B. obgesiegt hätte; obsiegt der Testamentserbe, so ist es unerheblich, ob A. oder B. Intestaterbe gewesen wäre. Die Unabhängigkeit der beiden Prozesse zeigte sich auch darin, daß der Hauptinterventionsprozeß zunächst die erste Instanz betreten mußte, während der bisherige Prozeß vielleicht schon in höherer Instanz schwebte.

Die Konstruktion dieses Hauptinterventionsprozesses hat man in der Art versucht, daß man die Hauptintervention als eine Klage gegen zwei Streitgenossen betrachtete: als eine Anspruchsklage gegen den bisherigen Beklagten und als eine Feststellungsklage gegen den bisherigen Kläger. Diese Auffassung war früher die herrschende und ist auch jetzt noch viel verbreitet [2]: sie ist unzutreffend: sie läßt die germanische Idee von der Doppelwirkung des Urteils ganz beiseite. In der Tat genügt e i n e Klage des Hauptintervenienten gegen den bisherigen Beklagten, und es genügt e i n Prozeß, ein Prozeß des Hauptintervenienten gegen den bisherigen Beklagten B. mit Wirkung des Urteils gegen den bisherigen Kläger A.: es handelt sich hier nur darum, die rechtskräftige Entscheidung auch dem A. gegenüber zu Kraft kommen zu lassen; hierzu genügt aber, wenn dieser zum Nebenintervenienten, und zwar zum streitgenössischen Nebenintervenienten gemacht wird, ja, es genügt, wenn man ihn als streitgenössischen Nebenintervenienten herbeizieht; dann muß er sich die Entscheidung gefallen lassen, ob er kommt oder nicht. Nichts anderes aber besagt § 64 ZPO.; natürlich, wenn man ihn nach seinem prozeßrechtlichen Gehalt bemißt und nicht bei den Worten stehen bleibt [3], wie es regelmäßig geschieht.

Dies ist aus verschiedenen Gründen wichtig; insbesondere auch für die Zuständigkeit: eine etwaige Zuständigkeitsvereinbarung zwischen dem Hauptintervenienten und dem Kläger des ersten Prozesses wäre schon aus diesem Grunde wirkungslos, weil der letztere gar nicht Prozeßpartei, sondern nur Intervenient ist. So bestimmt denn auch die Prozeßordnung, daß der Interventionsprozeß bei dem Gericht anzubringen ist, wo der bisherige Prozeß in erster Instanz anhängig war (§ 64 ZPO.). Dies entspricht der geschichtlichen Entwicklung [4].

2. Sonstige Zuziehung Dritter.

§ 119. Wie der Hauptintervenient den Erstkläger zur Intervention laden kann, so auch der Erstbeklagte den Hauptintervenienten, wenn ein Interesse besteht, daß die Streitsache auch diesem gegenüber festgestellt wird. Die Ladung heißt hier Streitverkündung, was im Wesen der Sache nichts ausmacht. Sie steht dem Erstbeklagten zu, der eine zweite Klage auf denselben Streitgegenstand von dem Geladenen befürchtet, und der sich solchergestalt hilft, auf daß er nicht zweimal

[1] Daher auch der Name, der dem Institut geblieben ist. Im englischen Recht hat sich das Institut als Interpleaderprozeß weiter entwickelt, R u l e s Sup. Court LVII 1, C h i t t y, Forms p. 703.

[2] So RG. 24. 11. 1906 Entsch. 64 S. 32.

[3] Gesammelte Beiträge S. 272 f. Vgl. auch meine Abhandl. über die Philosophie des Zivilprozesses, Arch. f. Rechtsphil. VI S. 590.

[4] Man vgl. D u r a n t i s II 1, § 4: Potes etiam nominatim, quos volueris, citare, ut compareant ad opponendum se Titio, si voluerint . . ; nisi comparuerint, praejudicatur eis.

verurteilt wird, einmal gegenüber dem bisherigen Kläger und einmal gegenüber dem Geladenen. Derartige Fälle sind häufig: man denke sich den Fall eines Schuldners, der von einem unsicheren Zessionar oder einem unsicheren Erben in Anspruch genommen wird. Allerdings geht das Bestreben der neuen Zeit dahin, derartigen Unsicherheiten möglichst zu steuern, so durch § 410 BGB. und durch den Erbschein; indes gibt es immer noch Fälle genug, wo der Beklagte die Gefahr der Doppelzahlung befürchten kann. Hier ist das Mittel gegeben wie im ehemaligen germanischen Recht: er zieht den anderen Interessenten herbei und verlangt, daß er sich äußert und seine Rechte geltend macht, ansonst er sich dem schwebenden Prozeß fügen und sich dessen Ausgang gefallen lassen muß. Bei uns führt dieses Verfahren, falls der Gerufene eintritt, zu einer besonderen Art der Hauptintervention: der Gerufene tritt als Hauptintervenient ein, und die Sache entwickelt sich ähnlich wie bei der gewöhnlichen Hauptintervention; nur mit dem Unterschied, daß die Klage des Hauptintervenienten in der mündlichen Verhandlung, nicht schriftlich erhoben wird (§ 75 ZPO.)[1]. Daraufhin kann der Beklagte durch Hinterlegung des Streitgegenstandes den ersten Prozeß erledigen und es dem Hauptintervenienten und Erstkläger überlassen, ihre Ansprüche zum Austrag zu bringen[2].

Eine ähnliche Streitverkündung ist unentbehrlich im Fall des § 1380 BGB. Klagt der Mann, so muß der Beklagte die Möglichkeit haben, der Frau den Streit zu verkünden mit der Wirkung, daß sie sich als streitgenössische Intervenientin anschließen kann, jedenfalls aber durch die Entscheidung gebunden wird.

Eine solche Ladung ist unserem Prozeß weiter bekannt im Vollstreckungsverfahren, und zwar erstens bei der Forderungsvollstreckung: hier können sämtliche pfändenden Gläubiger zugezogen werden, wenn es sich um die Feststellung darüber handelt, ob die Forderung des gepfändeten Schuldners gegen den Drittschuldner besteht oder nicht. Die Herbeiziehung geschieht, wenn der betreffende pfändende Gläubiger sich nicht freiwillig als Streitgenosse (streitgenössischer Intervenient) anschließt, dadurch, daß ihn der Drittschuldner zum Termin lädt; es ist dies ein Herbeirufen zur streitgenössischen Intervention in der Form der Ladung (§ 856 ZPO.).

Ein zweiter Fall tritt bei der Liegenschaftszwangsvollstreckung ein. Hier bilden die vollstreckenden Gläubiger und die am Grundstück dinglich Berechtigten, insbesondere die Grundbuchgläubiger, aber auch die sonst Sachberechtigten, auch die Mieter und Pächter, soweit ihnen ein ius ad rem zusteht, eine Zwangsgemeinschaft der „Beteiligten" (§ 9 ZVG.), und zwar gehören hierher die aus dem Grundbuch sich ergebenden von selbst, die übrigen, sofern sie sich anmelden (und nötigenfalls ihr Recht glaubhaft machen). Ihnen muß der Versteigerungstermin mitgeteilt und die Zwangsverwaltung bekanntgegeben werden (§§ 41, 146); sie sind im Versteigerungstermin zu hören (§ 66); sie sind zu den Gläubigeranträgen befugt, können bei der Bestimmung des geringsten Gebotes und der Versteigerungsbedingungen mitwirken; sie sind beschwerdeberechtigt usw. (§§ 59, 60, 63, 67, 72, 85, 97 ZVG.). Doch gibt es Ausnahmen (§§ 67, 68).

IV. Aufgebotsverfahren.

§ 120. Das Aufgebotsverfahren soll zur Feststellung von Rechten und Rechtsverhältnissen gegenüber etwaigen unbekannten Prätendenten dienen, welche jemanden in seinem Recht oder Rechtsfrieden beeinträchtigen könnten. Das Verfahren ist ein Untersuchungsverfahren; das Gericht prüft nach freiem Ermessen; es ist zwar von der Antragstellung abhängig, unabhängig aber in den Mitteln der Wahrheitserforschung. Ein Hauptmittel ist die öffentliche Aufforderung etwaiger Anspruchsberechtigten, sich zu melden, ansonst sie ausgeschlossen werden. Tritt eine der Personen, welche durch das Verfahren betroffen sein können, auf, dann geht das Verfahren in einen regelmäßigen Prozeß über (§§ 953, 969 ZPO.). Meldet sich niemand, dann tritt das Ausschlußurteil ein, und es wird ausgesprochen, daß ein entgegengesetztes Recht

[1] Gesammelte Beiträge S. 280 f., Mendelsohn-Bartholdy, Rhein. Zeitschr. IV S. 1 ff., RG. 18. 5. 1906 Entsch. 63 S. 319.

[2] Behauptet der Kläger des ersten Prozesses, daß der Beklagte zur Hinterlegung nicht befugt sei, so kann er den Prozeß mit dem Beklagten fortsetzen und insbesondere Schadenersatz verlangen, weil er hinterlegt, nicht geleistet hat.

nicht vorhanden ist; entweder überhaupt nicht oder wenigstens nicht in bezug auf ein bestimmtes Verhältnis, das dadurch beeinflußt würde. Wichtige Arten des Aufgebotsverfahrens sind: das Aufgebotsverfahren zum Zweck der Todeserklärung, das Aufgebotsverfahren im Hypothekenrecht, wenn der Inhaber des Hypothekenbriefes nicht bekannt ist, das Aufgebotsverfahren im Erbrecht bezüglich der Nachlaßgläubiger und im See- und Schiffahrtsrecht bezüglich der Schiffsgläubiger und sodann das Aufgebotsverfahren zur Todeserklärung (Kraftloserklärung) der Urkunden (§ 960 ff. ZPO.): Brieftötung.

Der Ausgangsfall war die sogenannte Ediktalzitation der Konkurs- und der Nachlaßgläubiger; erstere findet sich schon in den italienischen Statuten und bei Salgado de Samoza, Labyrinth. cred. I 8: pro incertis edicta affiguntur publico loco, woran sich dann die übrigen Anwendungsformen anknüpften, insbesondere auch die Ediktalladungen bei der Todeserklärung [1].

Auch beim Aufgebotsverfahren kann eine Prozeßvoraussetzung mangeln, so, wenn es an der Gerichtsbarkeit fehlt oder der antragstellenden Partei an Parteifähigkeit; dann ist das Verfahren nichtig.

Fehlt es dem Verfahren sonst an der nötigen Form, ist insbesondere die nötige Bekanntmachung nicht erfolgt oder die Frist nicht eingehalten worden, so daß die Garantie für das Bekanntwerden fehlt, so hat der Beteiligte eine Anfechtungsklage mit künstlicher Parteibildung innerhalb einer bestimmten Frist (§§ 957 f.) [2]. Dieser Gerichtsstand ist natürlich ein ausschließlicher, denn es handelt sich um eine Anschlußklage [3].

Ausgegangen von kleinen Anfängen, ist die Einrichtung des Aufgebotsverfahrens zum unentbehrlichen Schutzmittel des Verkehrs geworden; ohne sie wären die großartigen Rechtsgedanken der Inhaberpapiere und der Hypothekenbriefe nicht durchführbar [4].

---

[1] Bruns, Kleinere Schriften S. 119 f.

[2] Klagt der für tot Erklärte nach seiner Rückkehr selbst, so gilt natürlich § 973 f. ZPO. nur rechtsähnlich, und von der Frist des § 976 kann keine Rede sein.

[3] RG. 24. 2. 1912 Entsch. 78 S. 377 — aber nicht, weil die Vorarbeiten darauf hinweisen, wie das Reichsgericht will, sondern weil es sich um einen Anschlußprozeß handelt.

[4] Über Einzeldinge vgl. Grundriß des Zivilprozesses S. 107 f. Über die Entwicklung im französischen Recht vgl. Hausmeister in der Rhein. Zeitschr. V S. 449, 459 f.

5.

Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit

einschließlich des

Verfahrens in Grundbuchsachen

von

Wirkl. Geh. Rat **Dr. Emil Dorner,** Oberlandesgerichtspräsident
in Karlsruhe.

Inhaltsverzeichnis.

I. Kapitel: Einleitung 407

§ 1. Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die hierher gehörigen Angelegenheiten im allgemeinen. § 2. Geschichte. § 3. Quellen und Literatur des geltenden Rechts.

II. Kapitel: Die Gerichte und sonstigen Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit 411

§ 4. Richteramt. Ordentliche und besondere Gerichte. § 5. Sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte. § 6. Sachliche Zuständigkeit der Landgerichte. § 7. Sachliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte. Kammergericht und bayrisches oberstes Landesgericht. Reichsgericht. § 8. Örtliche Zuständigkeit. § 9. Ausschließung und Ablehnung des Richters. § 10. Gerichtsschreiber. § 11. Rechtshilfe. § 12. Öffentlichkeit und Sitzungspolizei. § 13. Gerichtssprache. § 14. Beratung und Abstimmung. § 15. Gerichtsferien. § 16. Notariate und Grundbuchämter.

III. Kapitel: Die Parteien 418

§ 17. Parteibegriff. Parteifähigkeit. § 18. Die Fähigkeit der Parteien, vor Gericht zu stehen. § 19. Bevollmächtigte und Beistände der Parteien.

IV. Kapitel: Das Verfahren im allgemeinen 419

§ 20. Die Einleitung des Verfahrens. § 21. Das Offizialprinzip. § 22. Ermittlungen und Beweiserhebungen. § 23. Gerichtliche Entscheidungen. § 24. Die Vollstreckung. § 25. Die Kostenpflicht.

V. Kapitel: Rechtsmittel 424

§ 26. Die zulässigen Rechtsmittel im allgemeinen. § 27. Die Beschwerde. § 28. Die weitere Beschwerde.

VI. Kapitel: Besondere Verfahrensarten des FGG. 428

§ 29. Vorbemerkungen. § 30. Erbauseinandersetzung. § 31. Das Schiffspfandrecht. § 32. Die Registerführung. § 33. Die Dispache. § 34. Die gerichtlichen und notariellen Urkunden.

VII. Kapitel: Das Grundbuchverfahren 431

§ 35. Antrag und Ersuchen. § 36. Eintragungsbewilligung. § 37. Andere Voraussetzungen der Eintragung. § 38. Die Entscheidung. § 39. Berichtigung des Grundbuchs. § 40. Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbrief.

Erstes Kapitel. Einleitung.

§ 1. Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die hierher gehörigen Angelegenheiten im allgemeinen. 1. Die freiwillige Gerichtsbarkeit ist gleich der streitigen behördliche, vorwiegend gerichtliche Tätigkeit, welche Privatrechtsverhältnisse, die Rechtbeziehungen der einzelnen als solcher, zum Gegenstand hat und im Interesse Privater geübt wird; das erste Merkmal scheidet beide von der Verwaltung, auch der Justizverwaltung, welche die Verhältnisse des öffentlichen Rechts, der Gesamtheit und der einzelnen als ihrer Glieder, betrifft, das zweite von der Strafgerichtsbarkeit, die, auch soweit sie den Schutz verletzter oder bedrohter privater Rechtsgüter bezweckt, im öffentlichen Interesse der gesamten Rechtsordnung geübt wird. Von der streitigen unterscheidet sich die freiwillige Gerichtsbarkeit praktisch durch die Verschiedenheit des behördlichen (gerichtlichen) Verfahrens. Sachen der streitigen Gerichtsbarkeit (in der Rechtssprache der Reichsgesetze: „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten") sind diejenigen, welche in den Formen des Zivilprozesses zu erledigen sind; dagegen ist die den Zwecken der Privatrechtsordnung dienende behördliche Tätigkeit, die sich nicht in diesen Formen vollzieht, im Sinne des geltenden Rechts Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Gemeinhin wird gelehrt, daß die freiwillige Gerichtsbarkeit auch durch ein begriffliches, der Verschiedenheit des Zwecks entnommenes Merkmal von der streitigen geschieden werde: die streitige Gerichtsbarkeit diene der Bewährung und Aufrechterhaltung bestehender Privatrechte, die freiwillige beziele dagegen die Gestaltung (Begründung, Änderung, Aufhebung) der Privatrechtsverhältnisse; bei jener sei das subjektive Privatrecht Voraussetzung, bei dieser Ergebnis der behördlichen Tätigkeit (so schon Oesterley, Versuche aus dem Gebiete der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1830 S. 43, und ihm folgend die überwiegende Mehrzahl der Neueren, vor allem auch Wach, Handbuch des Zivilprozeßrechts S. 47—53). Daran ist so viel richtig, daß die bezeichnete Unterscheidung einerseits einer rechtsbewährenden (deklarativen), anderseits einer rechtsgestaltenden (konstitutiven) Wirkung der behördlichen Tätigkeit auf privatrechtlichem Gebiet der durch das geltende Recht begründeten Abgrenzung zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit, wie auch die Denkschrift zum Entwurf eines Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG.) bestätigt, im allgemeinen zugrunde liegt, und daß, soweit das Gesetz keine Bestimmung getroffen hat, Angelegenheiten, bei welchen die gerichtliche Tätigkeit rechtsbewährend wirkt, der streitigen, solche, bei denen sie rechtsgestaltend wirkt, der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuweisen sind. Allein, das geltende Recht hat jene Unterscheidung bei Abgrenzung der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht allenthalben festgehalten; es hat Sachen, bei denen die gerichtliche Tätigkeit als eine rechtsgestaltende erscheint (so die Aufnahme von Vergleichen im amtsgerichtlichen Sühneverfahren oder während eines schwebenden Rechtsstreits, das Entmündigungsverfahren, das in der ZPO. geregelte Aufgebotsverfahren u. a. m.) aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Gebiet des Zivilprozesses, und es hat streitige Privatrechtsverhältnisse (z. B. gewisse Streitigkeiten unter Ehegatten), gerade um sie den Formen des Zivilprozesses zu entziehen, dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen. Diese durch das positive Recht begründete Zuweisung ist aber, soweit sie erfolgt ist, allein maßgebend; es bleibt darum für eine sich mit ihr nicht deckende, praktisch bedeutungslose begriffliche Scheidung beider Arten der Gerichtsbarkeit kein Raum. Dieselbe Erwägung spricht auch gegen die vereinzelt in anderer Richtung versuchte materielle Abgrenzung der freiwilligen von der streitigen Gerichtsbarkeit, insbesondere gegen die Aufstellung, jene solle der Rechtsverletzung vorbeugen, diese dieselbe beseitigen (v. Mohl, Polizeiwissenschaft, III, S. 12 ff.), oder diese solle Privatrechte schützen, jene dieselben zur Verhütung von Verdunkelung und Anfechtung klarstellen (so Weißler S. 3 ff.).

2. Ob die einzelnen Angelegenheiten der streitigen oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugehören, ist in den Gesetzen teilweise schon durch die Stelle, an der dieselben — sei es hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit, sei es hinsichtlich des Verfahrens — geregelt sind, ausgedrückt: Was in das GVG., die ZPO. und KonkO. einbezogen ist, gehört damit von selbst zur streitigen, was in den Gesetzen über freiwillige Gerichtsbarkeit behandelt ist, gehört zur freiwilligen Gerichtsbarkeit. Hiervon abgesehen sind Angelegenheiten, welche das Gesetz dem „Vormundschaftsgericht", dem „Nachlaßgericht" oder dem „Registergericht" überträgt, eben hierdurch als solche der freiwilligen Gerichtsbarkeit gekennzeichnet. Soweit diese Anhaltspunkte versagen, ist der Wille des Gesetzes im Wege der Auslegung zu ermitteln und hierbei im Zweifel auf den (rechtsbewährenden oder rechtsgestaltenden) Charakter des behördlichen Einschreitens (oben 1.) im Einzelfalle zurückzugehen (vgl. hierzu Dorner S. 3—6).

3. Als Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Sinne des geltenden Rechts sind demgemäß insbesondere anzusehen: die Verrichtungen der Vormundschaftsgerichte, die gerichtliche Mitwirkung bei der Annahme an Kindes Statt und bei deren Aufhebung, die auf die Standesamtsführung bezüglichen Geschäfte der Standesämter und der Gerichte, die Verrichtungen der Nachlaßgerichte, diejenigen der Grundbuchämter, die den Gerichten zukommende Führung öffentlicher Register (Handels-, Genossenschafts-, Muster-, Vereins-, Güterrechts- und Schiffsregister), sowie sonstige in Handels-, Vereinssachen u. dgl. den Gerichten übertragene Geschäfte, die Aufnahme öffentlicher (insbesondere gerichtlicher und notarieller) Urkunden im Dienste Privater, die Geschäfte der nach Landesrecht für die öffentliche Hinterlegung bestellten Behörden, die amtliche Vornahme öffentlicher Versteigerungen, die amtliche Schätzung des Wertes von Vermögensgegenständen, soweit dieselbe außerhalb des Prozesses im Interesse privater Rechtsverhältnisse erfolgt, die landesrechtlich den Gerichten in Lehens-, Familienfideikommiß- (Stammguts-) und Stiftungssachen übertragenen Verrichtungen, endlich eine Reihe einzelner Angelegenheiten verschiedener Art, die durch Reichsrecht (so BGB. § 132 Abs. 2 und § 176; §§ 1141, 1192, 1200; FGG. §§ 163, 164) oder durch Landesrecht den Gerichten überwiesen sind.

§ 2. Geschichte. 1. Im römischen Recht finden sich schon in älterer Zeit Anfänge freiwilliger Gerichtsbarkeit: so die obrigkeitliche Bestellung und Entlassung der tutores und curatores, das bonis interdicere bei prodigi und die obrigkeitliche Mitwirkung bei Abschluß von Rechtsgeschäften im Wege der in iure cessio, die den verschiedensten rechtsgeschäftlichen Zwecken (Eigentumsübertragung, Manumission, Emanzipation, Adoption) diente; auf letztere Fälle bezieht sich die den Institutionen Marcians entnommene Stelle l. 2 pr. de off. proc. et leg. I. 16, die einzige in den römischen Quellen, die den Ausdruck „iurisdictio voluntaria" enthält. In der Kaiserzeit erweiterte sich, abgesehen von dem vielfachen unmittelbaren Eingreifen des princeps selbst, der Kreis der hierher gehörigen Fälle (Insinuation großer Schenkungen; pignus publicum; obrigkeitliche Mitwirkung bei Verwaltung der Vormundschaft, insbesondere bei Veräußerung von Mündelgrundstücken; testamentum apud acta conditum; Bestätigung der Vergleiche über noch nicht fällige Alimente); an die Stelle der in iure cessio trat der Abschluß vor Gericht. Gleichwohl blieb auch jetzt der Umfang der Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein im allgemeinen eng begrenzter; insbesondere blieb dem römischen Recht der Begriff und die Beweiskraft öffentlicher Urkunden fremd. Nicht zur freiwilligen Gerichtsbarkeit zählt das Verfahren extra ordinem und insbesondere nicht (a. M. Nußbaum S. 5) die prätorische in integrum restitutio.

2. In Deutschland nahm die freiwillige Gerichtsbarkeit eine weit reichere Entwicklung. Zu den schon dem rezipierten römischen Recht bekannten Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit traten hinzu: die deutschrechtliche, als Form der Übereignung von Grundstücken vielfach aufrechterhaltene, wenngleich nicht gemeines Recht gewordene gerichtliche Auflassung, woraus die Einrichtung der behördlich geführten Grundbücher erwuchs; das Notariat als besondere, mit öffentlichem Glauben ausgestattete, zur Aufnahme öffentlicher Urkunden berufene Beamtung; die teils auf Antrag, teils von Amts wegen eintretende gerichtliche Fürsorge für den Nachlaß (Siegelung, Erbverzeichnung); endlich die Einrichtung der Handelsregister. Das ganze hierdurch umschriebene Rechtsgebiet wurde teils als iurisdictio voluntaria, teils auch

als iurisdictio mixta oder quasi contentiosa bezeichnet, ohne daß sich ein bestimmter feststehender Sinn dieser Bezeichnungen herausgebildet hätte.

3. Das Verfahren bei Erledigung der bezeichneten Angelegenheiten (1, 2) fand zunächst keine besondere Regelung; seine Gestaltung blieb der Praxis überlassen. Teilweise griff indessen im Interesse der Rechtssicherheit die Gesetzgebung des alten Deutschen Reichs ein. So erging zur Regelung der Formen der Notariatsurkunden über Rechtsgeschäfte, insbesondere der Testamente, die Reichsnotariatsordnung v. 8. Oktober 1512 und wurden die bei Vormundschaften der Obrigkeit (Obervormundschaft) zukommenden Verrichtungen (Beeidigung der Vormünder, Verlangen der Sicherheitsleistung, Vermögensverzeichnung, Rechnungslegung) durch die Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577 näher ausgestaltet. In der Folgezeit vollzog sich die weitere Entwicklung in den Einzelterritorien. Nur in wenigen derselben kam es zu einer umfassenderen Regelung der freiwilligen Gerichtsbarkeit: so für Preußen im zweiten Teil der Allgemeinen Gerichtsordnung (1795), für Württemberg in dem Gesetz über das Notariatswesen vom 14. Juni 1843, für Österreich in dem Gesetz vom 9. August 1854 über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen, für Baden in dem Gesetz über die Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit und das Notariat vom 28. August 1864, später ersetzt durch dasjenige vom 6. Februar 1879, für Sachsen in den Verordnungen, betreffend das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen, vom 9. Januar 1865 und 3. August 1868, zuletzt für Hessen in dem Gesetz vom 5. Juni 1879, das Verfahren in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit betreffend. In anderen deutschen Staaten ergingen Gesetze beschränkteren Inhalts, insbesondere vielfach Notariatsordnungen und Vorschriften zur Regelung des Grundbuchwesens (vor allem die preuß. Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872). Allenthalben verblieb daneben dem Gerichtsgebrauch ein mehr oder minder weiter Spielraum.

§ 3. Quellen und Literatur des geltenden Rechts. 1. Die Quellen des geltenden, die freiwillige Gerichtsbarkeit regelnden Rechts gehören teils dem Reichsrecht, teils dem Landesrecht an.

a) Als reichsrechtliche Quelle kommt vor allem das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 (RGBl. S. 189, auf Grund des Ermächtigungsgesetzes vom gleichen Tage in abgeänderter Fassung veröffentlicht am 20. Mai 1898 im RGBl. S. 771) in Betracht. Das Gesetz enthält im ersten Abschnitt (§§ 1—34) allgemeine Vorschriften für alle durch Reichsgesetz den Gerichten übertragenen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 1), im zweiten bis zehnten Abschnitt (§§ 35—184) besondere Bestimmungen für einzelne Arten von Sachen (vgl. unten § 29) und im elften Abschnitt (§§ 185—200) Schlußbestimmungen. Für das neugeschaffene Reichsprivatrecht (bürgerliches und Handelsrecht), das vielfach eine Mitwirkung der Gerichte bei Gestaltung der Rechtsverhältnisse vorsieht, ergab sich die ergänzende reichsrechtliche Regelung der Zuständigkeit und des Verfahrens der Gerichte in diesen Angelegenheiten als unabweisbare Notwendigkeit, da eine landesrechtlich verschiedenartige Regelung die Einheit des materiellen Rechts gefährdet hätte. Diese im Art. 1 EG. z. BGB. vorgesehene reichsrechtliche Regelung in dem Umfange, der zur einheitlichen Durchführung des materiellen Rechts erforderlich erschien, unternahm das genannte Gesetz. Der Entwurf desselben ist im Reichsjustizamte unter Berücksichtigung eines von Planck, dem Redaktor des Familienrechts innerhalb der ersten Kommission zur Ausarbeitung des BGB., im Jahr 1881 aufgestellten, im Jahr 1888 umgearbeiteten Entwurfs, der ursprünglich nur Angelegenheiten des Familienrechts behandelte, umgearbeitet auf Nachlaßsachen ausgedehnt wurde, jedoch in der genannten Kommission nicht mehr beraten war, ausgearbeitet, am 5. Okt. 1897 dem Bundesrate, dann in der von diesem angenommenen abgeänderten Gestalt am 26. November 1897 nebst einer erläuternden Denkschrift dem Reichstage vorgelegt und von diesem, der auf Grund erfolgter Kommissionsberatung (Berichterstatter Wellstein) eine Anzahl Einzeländerungen beschloß, jedoch die Grundlagen des Entwurfs unberührt ließ, in dritter Lesung am 10. März 1898 genehmigt worden. Eine von der Kommission beschlossene Resolution, worin die verbündeten Regierungen um einheitliche Regelung des Kostenwesens in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie des Notariats ersucht

wurden, wurde vom Reichstage angenommen. Das FGG. wurde teilweise geändert und ergänzt durch die Reichsgesetze vom 5. März 1906 (RGBl. S. 387) und vom 22. Mai 1910 (RGBl. S. 767).

b) Zur Regelung der Einrichtung der Grundbücher und des Verfahrens der Grundbuchämter — deren Verfassung reichsrechtlich nicht geregelt, sondern der Landesgesetzgebung vorbehalten wurde — erging neben dem FGG. die Grundbuchordnung (GBO.) vom 24. März 1897 (RGBl. S. 139, abgeänderte Fassung RGBl. 1898 S. 754), in § 55 ergänzt durch Gesetz vom 14. Juli 1905 (RGBl. S. 707).

c) Außer dem FGG. und der GBO. sind reichsrechtliche Quellen des geltenden Rechts die einschlagenden Bestimmungen anderer älterer Reichsgesetze, die gemäß § 185 FGG. vgl. mit Art. 32 EG. z. BGB. in Kraft verblieben sind: so vor allem die vereinzelt im BGB. selbst, im HGB., im GenGes. und im Binnenschiffahrtsgesetz (BSchG.) enthaltenen Vorschriften über Zuständigkeit und Verfahren, außerdem die hierauf bezüglichen Bestimmungen des Personenstandsgesetzes (PStG.) und des Gesetzes vom 11. Januar 1876 über Urheberrecht an Mustern und Modellen. Dazu kommen einzelne spätere Reichsgesetze (so das Flaggenrechtsgesetz vom 22. Juni 1899 und das Gesetz, betreffend die freiwillige Gerichtsbarkeit und andere Rechtsangelegenheiten in Heer und Marine vom 28. Mai 1901) und zum Vollzug ergangene Reichsverordnungen, insbesondere die Bekanntmachungen des Reichskanzlers vom 29. Februar 1876 betreffs des Musterregisters (ZBl. S. 123), vom 12. Nov. 1898 betreffs des Vereins- und Güterrechtsregisters (ZBl. S. 438), vom 25. März 1899 zur Ausführung des PStG. (RGBl. S. 225), vom 1. Juli 1899 betreffs des Genossenschaftsregisters (RGBl. S. 347) und vom 10. November 1899 zur Ausführung des Flaggenrechtsgesetzes (ZBl. S. 380).

d) Die landesrechtlichen Bestimmungen über freiwillige Gerichtsbarkeit haben teils die in die reichsrechtliche Regelung nicht einbezogenen (d. i. die nicht durch Reichsgesetz den Gerichten übertragenen: oben a) Angelegenheiten, teils auch betreffs der reichsrechtlich geregelten Angelegenheiten die Ergänzung und Ausführung (§ 200 FGG.) der des kodifizierenden Charakters ermangelnden reichsrechtlichen Vorschriften zum Gegenstand. Sie sind teils in den Ausführungsgesetzen zum BGB. (so in Bayern und Württemberg), teils in besonderen Gesetzen und Verordnungen über freiwillige Gerichtsbarkeit (so in Preußen, Sachsen, Baden, Hessen, Elsaß-Lothringen) enthalten; vgl. die Aufzählung bei Schultze-Görlitz S. 385, den Abdruck bei Becher, Die AusfGes. z. BGB., 2 Bände mit Ergänzungsbd., München 1901. Die Landesgesetze haben zumeist die allgemeinen Vorschriften des FGG. und die zu deren Ergänzung und Ausführung erlassenen landesrechtlichen Bestimmungen auf die kraft Landesrechts den Gerichten übertragenen Angelegenheiten für anwendbar erklärt, so daß tatsächlich für die reichsrechtlich und für die landesrechtlich den Gerichten übertragenen Angelegenheiten die gleichen Grundsätze maßgebend sind, nur mit der Einschränkung, daß auf letztere die Zuständigkeit des Reichsgerichts (unten § 7) sich nicht miterstreckt.

2. Literatur:

a) Kommentare (im folgenden nur mit den Namen der Verfasser angeführt) zum FGG: Dorner 1899, Wellstein 1899 (2. Aufl. 1906), Birkenbihl, Fuchs, Rausnitz, Schultze-Görlitz, Weißler 1900, Josef 1900 (2. Aufl. 1906), Carlebach 1912; zum preußischen Gesetz über FG., das in einem Teil obiger Kommentare mitbehandelt ist: Schultze-Görlitz und Oberneck 1900; zum badischen Rechtspolizeigesetz: Dorner 1900—1902; zur GBO: Böhm 1898, Turnau-Förster 1900 (3. Aufl. 1906), Achilles-Strecker 1901, Fuchs-Arnheim 1902—8, Willenbücher 1904, Güthe 1905, Predari 1907.

b) Erläuternde Textausgaben zum FGG. u. a. Ebert-Dudek 1898 (2., von Lindemann mitbearbeitete, erweiterte Aufl. 1908), Keidel 1898 (2., erweiterte Aufl. 1907), Jastrow 1898 (5. Aufl. 1911), Schneider 1898 (3. Aufl. 1908); zur GBO. u. a. Fischer (mit den preuß. Bestimmungen, 5. Aufl. 1909), Krech (3. Aufl. 1907), Mainhard (für Baden, 1904).

c) Systematische Darstellungen zum FGG:. Nußbaum, Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Reich und in Preußen 1900; Josef, Lehrbuch des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit 1902; zur GBO.: Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht (4. Aufl. 1909); zu beiden Gesetzen: Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche, II. Bd. (3/4. Aufl. 1907).

d) Formularbücher u. a. von Jastrow (15. Aufl. 1910) und Weißler-Hilfe (11. Aufl. 1904).

c) Zeitschriften: Lobes Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, seit 1900 (zit. ZBl. f. FG.); Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß und (seit 1899) Verfahren in Angelegenheiten der FG. (zit. Z. f. ZP.), herausgegeben von Schultzenstein u. Vierhaus; Zeitschrift des deutschen Notarvereins (Leiter Weißler), seit 1901 (zit. D. Not. V.); außerdem für Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen: Mugdan-Falkmanns Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (zit. R. d. OLG.), seit 1900; Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der FG., seit 1880, NF. seit 1900 (zit. KGJ.); Entscheidungen in Angelegenheiten der FG. und des Grundbuchrechts, herausgegeben vom Reichsjustizamt, seit 1900 (zit. RJA.).

Zweites Kapitel. Die Gerichte und sonstigen Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

§ 4. Richteramt. Ordentliche und besondere Gerichte. 1. Die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes über das Richteramt (über Unabhängigkeit, Vorbildung der Richter usw.: §§ 1—11) sind auf die freiwillige Gerichtsbarkeit ausdrücklich nicht erstreckt, sind indessen, soweit diese reichsrechtlich den auf Grund des GVG. bestehenden ordentlichen Gerichten (Amtsgerichten, Landgerichten usw.) übertragen ist, auch hierfür als maßgebend anzusehen. Sie gelten weiter, da eine abweichende landesrechtliche Regelung nirgends erfolgt ist, auch für die kraft Landesrechts den ordentlichen Gerichten übertragenen Geschäfte der FG. (so ausdrücklich § 1 der Kgl. sächs. VO. vom 24. Juli 1899 und § 1 des badischen Rechtspolizeigesetzes). Auf Grund des § 10 GVG. sind landesrechtlich zur zeitweiligen Wahrnehmung richterlicher Geschäfte (nach § 2 preuß. AG. jedoch nicht zur Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen und von Eheverträgen) Personen, welche nach bestandener erster Prüfung zwei Jahre im Vorbereitungsdienst zugebracht haben, für befähigt erklärt.

2. Zur Ausübung der FG. sind reichsrechtlich nur ordentliche Gerichte und in bestimmten Fällen nichtgerichtliche Behörden berufen. Die jenen zukommenden Verrichtungen können in den vorbehaltenen Fällen (z. B. Art. 147 EG. z. BGB.) durch die Landesgesetzgebung „anderen als gerichtlichen Behörden" übertragen werden. Besondere Gerichte (vgl. §§ 13, 14 GVG.) sind im Bereich der FG. nicht vorgesehen; insbesondere sind als solche die erwähnten nichtgerichtlichen Behörden, auch wenn sie den Namen „Gerichte" tragen (Dorfgerichte, Ortsgerichte u. dgl.; vgl. § 5 Ziffer 2 b), nicht anzusehen.

§ 5. Sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte. 1. Aus der Zusammenfassung der für die einzelnen Angelegenheiten der FG. gegebenen besonderen Bestimmungen ergibt sich der allgemeine Satz, daß die Amtsgerichte, soweit nicht im Einzelfalle etwas anderes verordnet ist (vgl. unten § 6 Ziff. 2), für alle den Gerichten übertragenen Angelegenheiten der FG. (über diese vgl. oben § 1 Ziff. 3) in erster Instanz sachlich zuständig sind.

a) Reichsrechtlich ist diese Zuständigkeit geordnet im FGG. § 2 (Rechtshilfe), § 35 (Vormundschaftsgericht), § 65 (Bestätigung der Annahme an Kindes Statt und ihrer Aufhebung), § 69 (Verrichtungen des Gerichts erster Instanz nach dem PStG.), § 72 (Nachlaßgericht), § 99 (Vermittlung der Gesamtgutsauseinandersetzung), §§ 125, 145, 149 (vgl. mit BSchG. § 11 und § 87 und Flößereigesetz § 8: Handels- und Genossenschaftsregister und die sonstigen unter der Überschrift „Handelssachen" im 7. Abschnitt, §§ 125 bis 158, des FGG. behandelten Angelegenheiten), §§ 164—166 (Untersuchung und Verwahrung von Sachen, Pfandverkauf), § 167 (Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen; betreffs der Aufnahme von Urkunden über Rechtsgeschäfte vgl. unten § 34); im § 9 des Gesetzes vom 11. Januar 1876 (Musterregister), § 120 BSchG. und § 4 des Flaggenrechtsgesetzes (Führung der Schiffsregister für See- und Binnenschiffe) und in einer Reihe von Bestimmungen des BGB. (§§ 55, 1558 betreffs des Vereins- und Güterrechtsregisters; §§ 29, 37, 48, 73, 86, 88 in bezug auf Vereins- und Stiftungssachen; außerdem § 132 Abs. 2, § 176, § 261, §§ 1141, 1192, 1200).

b) Landesrechtlich kommen hinzu: die Verrichtungen der Grundbuchämter (ausgenommen in Württemberg, Baden, Mecklenburg) und der Hinterlegungsbehörden, die amtliche Verwahrung der Testamente und Erbverträge, teilweise (Baden) auch anderer notarieller Ur-

kunden, die Herstellung von Teilhypothekenbriefen (vgl. § 61 GBO., der das sachlich zuständige Gericht nicht bezeichnet), die Genehmigung und Beaufsichtigung von Familienstiftungen (Preußen) und eine Reihe sonstiger, in den einzelnen Bundesstaaten verschieden bestimmter Angelegenheiten (vgl. die Aufzählung für Preußen bei Jastrow S. 16 ff., für Baden bei Dorner S. 86 ff.).

c) Weder reichs- noch landesrechtlich bestimmt ist die sachliche Zuständigkeit des Gerichts für die nach § 2356 Abs. 2 BGB. vor Gericht (oder vor einem Notar) abzugebende eidesstattliche Versicherung des auf Erbschein Antragenden. Im Sinne des Gesetzes sind auch hier die Amtsgerichte als zuständig anzusehen.

2. Andere Behörden als die Amtsgerichte sind auf Grund reichsgesetzlicher Vorbehalte im Wege der Landesgesetzgebung für zuständig erklärt:

a) für alle oder gewisse Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts (Art. 147 EG. z. BGB.) in Württemberg (Bezirksnotar nebst vier Waisenrichtern), in Baden (Notare für Verpflichtung von Vormündern, Gegenvormündern, Pflegern und Beiständen auf Ersuchen der Amtsgerichte), in beiden Mecklenburg und in Hamburg, für die — einer Zentralstelle vorbehaltene — Volljährigkeitserklärung insbesondere auch in Bayern, Sachsen und einigen kleineren Staaten;

b) für alle oder gewisse Verrichtungen des Nachlaßgerichts (Art. 147 EG. z. BGB.) in Württemberg (wie a), Baden (Notare) und in beiden Mecklenburg, für die Nachlaßsicherung (§ 1960 BGB.) insbesondere neben den Amtsgerichten auch in Preußen („Dorf- oder Ortsgerichte"), Bayern u. a., für die Teilungsvermittlung (§§ 86, 99, 193 FGG.) insbesondere neben den Amtsgerichten in Preußen, Bayern, Sachsen, Hessen u. a., an Stelle der Amtsgerichte in Elsaß-Lothringen;

c) für Verwahrung der Standesnebenregister (§ 197 FGG.) in Elsaß-Lothringen und, beschränkt auf ältere Register, in Preußen (Landgerichte);

d) für die Schiffsregisterführung (§ 27 Flaggenrechtsgesetz, § 120 BSchG.) in Mecklenburg-Schwerin und Hamburg;

e) für die Aufnahme von Urkunden teils unter Ausschluß der Amtsgerichte, teils neben diesen (Art. 141 EG. z. BGB. und § 191 FGG.; vgl. unten § 34).

3. Bei den Amtsgerichten entscheiden Einzelrichter (vgl. § 22 Abs. 1 GVG.).

4. Handlungen des sachlich unzuständigen Gerichts (z. B. des Landgerichts statt des Amtsgerichts) sind nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. § 32 FGG.) unwirksam. Ausnahmsweise sind jedoch bei Beurkundung von Rechtsgeschäften Verstöße gegen landesgesetzliche Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit (oben Ziffer 2 e), z. B. die Beurkundung eines Testaments oder eines Grundstückskaufs durch das Amtsgericht statt durch den landesrechtlich hierzu allein berufenen Notar, auf die Gültigkeit der Beurkundung, wenn nicht das Landesrecht etwas anderes verordnet, ohne Einfluß (§ 200 Abs. 2 FGG.; Art. 151 EG. z. BGB.; vgl. hierzu Dorner im „Recht", 1900 S. 473, 505).

§ 6. Sachliche Zuständigkeit der Landgerichte. 1. Die Landgerichte sind als Beschwerdegerichte sachlich zuständig für die nach Reichsrecht (§ 19 FGG.; §§ 60, 71, 73 BGB., in Grundbuchsachen § 72 GBO.) oder nach Landesrecht in Angelegenheiten der FG. zugelassene einfache oder sofortige Beschwerde gegen Verfügungen der Amtsgerichte oder der an deren Stelle nach Landesrecht (oben § 5 Ziffer 2) berufenen anderen Behörden, soweit nicht im letzteren Falle das Landesrecht auf Grund des § 195 FGG. und des § 100 GBO. vorschreibt (so in Preußen und Württemberg), daß die Abänderung der Entscheidung der anderen Behörde bei dem Amtsgerichte nachzusuchen ist und erst gegen dessen Entscheidung die Beschwerde an das Landgericht stattfindet.

2. Die Landgerichte sind in erster Instanz zuständig:

a) für die Entlassung von Familienratsmitgliedern gegen deren Willen (§ 1872 Abs. 2 BGB.; § 64 FGG.);

b) neben den Amtsgerichten (Registergerichten) für die Löschung von Amts wegen in Ansehung zu Unrecht erfolgter Eintragungen in das Handels-, Genossenschafts-, Vereins- oder Güterrechtsregister (§§ 143, 147, 159, 161 FGG.: unten § 32 Ziffer 3);

c) für die Bestimmung des örtlich zuständigen Amtsgerichts (oder Notars) in reichsgesetzlichen (§ 5 Ziffer 1 a) oder landesgesetzlichen (§ 5 Ziffer 1 b) Angelegenheiten der FG. (unten § 8 Ziffer 4);

d) für die Entscheidung über Abgabe einer Vormundschaft (Pflegschaft) an ein anderes Amtsgericht des Landgerichtsbezirks (§§ 46, 75 FGG.) und über Abgabe der Vormundschaft an den ausländischen Staat des Wohnsitzes oder Aufenthalts (§ 47 FGG.);

e) nach Landesrecht auch für sonstige, in den einzelnen Bundesstaaten verschieden bestimmte Angelegenheiten (so in Preußen neben den Oberlandesgerichten für Lehenssachen und aus Auftrag des Justizministers für die Beaufsichtigung und Verwaltung von Familienstiftungen und dgl.).

3. Bei den Landgerichten entscheiden die Zivilkammern und in Handelssachen (über diese vgl. oben Ziffer 2 b und § 5 Ziffer 1 a; nicht hierher gehörig das Vereins- und Güterrechtsregister und das Schiffsregister) die Kammern für Handelssachen. Vgl. §§ 30, 64, 143 FGG.

§ 7. Sachliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte. Kammergericht und bayrisches oberstes Landesgericht. Reichsgericht. 1. Die Oberlandesgerichte sind sachlich zuständig:

a) für die weitere Beschwerde (auch die sofortige weitere Beschwerde) gegen Entscheidungen der Landgerichte in reichs- oder landesgesetzlichen Angelegenheiten der FG. (§ 22 Abs. 2 und § 27 FGG.; § 78 GBO.; § 568 Abs. 2 ZPO.);

b) für die Beschwerde gegen erstinstanzliche Entscheidungen der Landgerichte in den Fällen der §§ 64, 143 FGG. (oben § 6 Ziffer 2 a und b) und für die nach der herrschenden Meinung auf Grund der entsprechend anwendbaren Vorschriften der ZPO. zulässige Beschwerde gegen Entscheidungen, welche die Landgerichte im Laufe eines daselbst anhängigen erstinstanzlichen (oben § 6 Ziffer 2 a und b) oder Beschwerdeverfahrens (oben § 6 Ziffer 1) über Armenrechtsgesuche (§ 14 FGG.) und über Straf- und Zwangsmaßregeln gegen Zeugen und Sachverständige (§ 15 FGG.) in erster Instanz erlassen haben;

c) für die Beschwerde gegen sitzungspolizeiliche Ordnungsstrafen der Amts- oder Landgerichte (§ 8 FGG.; unten § 12);

d) für Entscheidungen über Zulässigkeit der Rechtshilfe im Falle ihrer Ablehnung oder gesetzwidrigen Gewährung (§ 2 FGG. vgl. mit § 160 GVG.; unten § 11);

e) für die Bestimmung des örtlich zuständigen Amtsgerichts (Notars) bei Streit oder Ungewißheit hierüber und für die Entscheidung über Abgabe der Vormundschaft an ein anderes deutsches Gericht (oben § 6 Ziffer 2 c und d), beides, wenn die beteiligten Amtsgerichte verschiedenen Landgerichtsbezirken zugehören; liegen sie in den Bezirken verschiedener Oberlandesgerichte, so entscheidet das Oberlandesgericht, zu dessen Bezirk das zuerst mit der Sache befaßte oder das um Übernahme der Vormundschaft angegangene Amtsgericht gehört;

f) nach Landesrecht in einzelnen Bundesstaaten auch für sonstige Angelegenheiten, so für Lehenssachen, Familienfideikommiß- und Stiftungssachen, für die Obervormundschaft über Mitglieder standesherrlicher Familien (Art. 58 EG. z. BGB. vgl. mit § 189 FGG.) u. dgl.

2. Im Wege der Landesgesetzgebung ist auf Grund des § 199 Abs. 1 FGG. und des § 102 GBO. in Preußen und Bayern die Entscheidung über die weitere Beschwerde nach § 27 FGG. und § 78 GBO. (nicht auch nach § 568 Abs. 2 ZPO.) und damit zugleich (§ 199 Abs. 2 FGG.) die unter Ziffer 1 b und c (nicht auch c und d) bezeichnete Zuständigkeit, soweit sie einem der mehreren Oberlandesgerichte der genannten Bundesstaaten zukäme, an dessen Stelle für Preußen dem Oberlandesgerichte Berlin (Kammergericht), für Bayern dem daselbst bestellten obersten Landesgerichte übertragen.

3. Das Reichsgericht entscheidet:

a) über Beschwerden gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte über Rechtshilfe (Ziff. 1 d);

b) an Stelle des Oberlandesgerichts (Kammergerichts, obersten Landesgerichts: Ziff. 2) über die weitere Beschwerde gegen landgerichtliche Entscheidungen nach § 27 FGG. und § 78

GVO. (Ziff. 1 a), soweit es sich um reichsgesetzliche Angelegenheiten der FG. handelt und das Oberlandesgericht die weitere Beschwerde dem Reichsgericht zur Entscheidung vorlegt (unten § 28 Ziff. 2).

4. Bei den Oberlandesgerichten, dem bayrischen obersten Landesgericht und dem Reichsgericht entscheiden die Zivilsenate (vgl. § 30 FGG.). Das an Stelle des Oberlandesgerichts berufene oberste Landesgericht entscheidet wie jenes (§ 124 GVG.) in der Besetzung der Senate mit fünf Mitgliedern (§ 10 Abs. 3 EG. z. GVG.).

§ 8. Örtliche Zuständigkeit. 1. Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte ist nicht allgemein, sondern für die einzelnen Angelegenheiten besonders geregelt. In Vormundschaftssachen, bei der Annahme an Kindes Statt und in Nachlaß- und Teilungssachen entscheidet regelmäßig der inländische Wohnsitz, in dessen Ermangelung der inländische Aufenthalt des Beteiligten (Mündels, Annehmenden, Erblassers), subsidiär bei Deutschen der letzte inländische Wohnsitz, in dessen Ermangelung Bestimmung der Landesjustizverwaltung oder (wenn sie keinem Bundesstaat angehören) des Reichskanzlers, bei Ausländern, soweit für sie ausnahmsweise ein subsidiärer Gerichtsstand vorgesehen ist, der Ort, wo das Fürsorgebedürfnis hervortritt oder Nachlaßgegenstände sich befinden (§§ 36—39, 43, 45, 66, 73 FGG.); in Personenstandssachen entscheidet regelmäßig der Sitz des Standesbeamten (vgl. § 11 Abs. 3 PStG.), in Handelssachen die Niederlassung oder der Sitz der Gesellschaft oder Genossenschaft (HGB. §§ 29, 106, 146, 157, 161, 192, 195, 254, 266, 268, 295, 302, 304), GenGes. §§ 10, 61, 80, 83; betreffs der Dispache vgl. unten § 33), in Vereinssachen der Sitz des Vereins (§§ 29, 37, 55 BGB.), betreffs des Güterrechtsregisters der Wohnsitz (§ 1558 BGB.), in den Fällen der §§ 164—166 FGG. (oben § 5 Ziff. 1 a) der Ort, an dem die Sache sich befindet. Für die Aufnahme gerichtlicher (und notarieller) Urkunden ist, soweit nicht landesrechtlich vereinzelt etwas anderes verordnet ist, jedes Amtsgericht (und jeder Notar), an das sich die Beteiligten wenden, zuständig.

2. Vereinbarungen über die Gerichtszuständigkeit sind im Gebiet des FG. grundsätzlich unstatthaft. Eine singuläre Ausnahme bildet § 164 FGG. (Feststellung des Zustandes oder Wertes einer Sache durch gerichtlich ernannte Sachverständige).

3. Unter mehreren örtlich zuständigen Gerichten (z. B. bei doppeltem Wohnsitz) gebührt demjenigen der Vorzug, welches zuerst in der Sache tätig geworden ist (§ 4 FGG.).

4. Ausnahmsweise ist die — einer Anfechtung nicht unterliegende — Bestimmung des örtlich zuständigen Gerichts in § 5 FGG. einem höheren Gericht übertragen, und zwar bei Streit oder Ungewißheit darüber, welches von mehreren bestimmten Gerichten örtlich zuständig ist, dem gemeinschaftlichen oberen Gericht, d. i. dem diesen mehreren Gerichten zunächst vorgeordneten Gericht (Landgericht, Oberlandesgericht, nicht aber Reichsgericht: vgl. hierzu oben § 6 Ziff. 2 c und § 7 Ziff. 1 e), bei rechtlicher oder tatsächlicher Verhinderung des örtlich zuständigen Gerichts dem ihm im Instanzenzug vorgeordneten Gericht.

5. Der Mangel der örtlichen Zuständigkeit ist, soweit dieselbe reichsgesetzlich geregelt ist, nach § 7 FGG., soweit sie landesrechtlich geregelt ist, nach den diesen § 7 für anwendbar erklärenden landesrechtlichen Vorschriften und (betreffs gerichtlicher Urkunden: oben Ziff. 1) nach § 200 Abs. 2 FGG. und Art. 151 EG. z. BGB. auf die Wirksamkeit gerichtlicher Handlungen ohne Einfluß. Dagegen hat das hiervon wohl zu unterscheidende Überschreiten des Amtsbezirks, auf den die dem einzelnen Gericht verliehene Gerichtsbarkeit beschränkt ist, regelmäßig zur Folge, daß die außerhalb des Amtsbezirks vorgenommenen Amtshandlungen unwirksam sind, und findet eine Ausnahme hiervon nach § 2 FGG. vgl. mit § 167 GVG. (unten § 11) nur statt, wenn das Gericht des Orts zustimmt oder Gefahr im Verzug obwaltet (in diesen Ausnahmefällen ist bei reichsgesetzlichen Angelegenheiten der FG. — § 5 Ziff. 1 a — auch das Amtieren im Gebiet eines anderen Bundesstaates statthaft). Der Grundsatz der Unwirksamkeit der außerhalb des Amtsbezirkes vorgenommenen Amtshandlungen gilt auch für daselbst aufgenommene gerichtliche (und notarielle) Urkunden (so ausdrücklich betreffs der Notare § 56 bad. Rechts-Pol.-Ges.), soweit nicht durch Landesrecht (so Art. 39 preuß. FG.)

das Gegenteil verordnet ist; auch im letzteren Falle ist aber jedenfalls das Überschreiten des eigenen Staatsgebiets unstatthaft. Vgl. über diese (bestrittenen) Fragen Dorner in Z. f. ZP. 28 S. 241 ff.

§ 9. Ausschließung und Ablehnung des Richters. 1. Das Gesetz (§ 6 FGG.) unterscheidet Ausschließung des Richters kraft Gesetzes (in eigner Sache, in Sachen seiner Ehefrau, bestimmter naher Verwandter und Verschwägerter und solcher Personen, für die er als Vertreter bestellt oder als gesetzlicher Vertreter aufzutreten berechtigt ist) und Befangenheit. Aus Gründen der ersten Art muß, wegen Befangenheit kann der Richter sich, ohne daß es einer Anzeige an das Gericht und einer Entscheidung durch dieses bedürfte (vgl. dagegen § 48 ZPO.) der Ausübung seines Amtes enthalten. Den Beteiligten ist das Recht, den Richter aus dem einen oder anderen Grunde abzulehnen, versagt (anders § 42 ZPO.). Abweichend vom Zivilprozeß sind endlich nach § 7 FGG., der im Interesse der Rechtssicherheit Nichtigkeitsgründe tunlichst vermeiden will, Handlungen des kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richters nicht aus diesem Grunde unwirksam (ähnlich § 10 GBO. bezüglich der Grundbuchbeamten).

2. Besonderes gilt für die Beschwerde in Grundbuchsachen, wofür nach § 81 Abs. 2 GBO. die Bestimmungen der ZPO. (vgl. Ziff. 1) maßgebend sind, und für die gerichtliche (und notarielle) Beurkundung von Rechtsgeschäften, bezüglich deren die Ausschließungsgründe in §§ 170, 171 FGG., hier mit der Folge der Nichtigkeit einer Zuwiderhandlung, anderweit geregelt sind.

§ 10. Gerichtsschreiber. 1. Der Beizug des Gerichtsschreibers zu Amtshandlungen des Richters ist nur ausnahmsweise bei Aufnahme gerichtlicher Urkunden in bestimmten Fällen (Testament, Erbvertrag, Rechtsgeschäfte Tauber usw., §§ 2233, 2276 BGB.; § 169 FGG.) vorgeschrieben (statt dessen genügen auch zwei Zeugen); hiervon abgesehen ist er gestattet, wenn er zur sachgemäßen Erledigung des Geschäfts zweckmäßig ist (so ausdrücklich Art. 2 Abs. 2 preuß. FG.).

2. Zu selbständiger Amtstätigkeit ist der Gerichtsschreiber in bestimmten Fällen berufen. Dahin gehören: die Aufnahme von Anträgen und Erklärungen Beteiligter, die außer bei dem zuständigen Gericht auch durch den Gerichtsschreiber jedes Amtsgerichts erfolgen kann (§ 11 FGG.), die Entgegennahme von Anmeldungen zum Handels-, Genossenschafts-, Vereins- und Güterrechtsregister durch den Gerichtsschreiber des Registergerichts (§§ 128, 147, 159, 161 FGG.), die Erteilung von Rechtskraftzeugnissen (§ 31 FGG.) und von Ausfertigungen gerichtlicher Urkunden (§ 182 FGG.); landesrechtlich (Preußen u. a.) steht ihm neben dem Gerichtsvollzieher auch die Aufnahme von Wechselprotesten und Vermögensverzeichnissen, Siegelungen, Entsiegelungen, Versteigerung beweglicher Sachen u. dergl. zu.

3. Die Vorschriften über Ausschließung und Ablehnung des Richters (oben § 9 Ziff. 1) finden, abweichend von der ZPO. (§ 49) und auch von §§ 170, 171 FGG. (oben § 9 Ziff. 2), auf den Gerichtsschreiber keine Anwendung.

§ 11. Rechtshilfe. 1. In reichsgesetzlichen Angelegenheiten der FG. (oben § 5 Ziff. 1 a) haben die deutschen Gerichte (und die landesrechtlich an deren Stelle tretenden anderen Behörden: oben § 5 Ziff. 2) sich (und den bezeichneten anderen Behörden: § 194 Abs. 1 und 4 FGG.) Rechtshilfe zu leisten. Dies gilt auch für solche in diesen Angelegenheiten erforderliche Amtshandlungen, die nicht durch Reichsrecht, sondern ergänzend (§ 200 FGG.: oben § 3 Ziff. 1 d) durch Landesrecht geregelt sind, z. B. für den Zwang zur Vollziehung gerichtlicher Verfügungen. Das Verfahren bei Leistung der Rechtshilfe bestimmt sich nach den Vorschriften des GVG. (§§ 158—169), § 2 FGG. (vgl. oben § 7 Ziff. 1 d und Ziff. 3 a).

2. In landesgesetzlichen Angelegenheiten der FG. haben die Gerichte des nämlichen Bundesstaats sich Rechtshilfe zu leisten; die Rechtshilfeleistung durch Gerichte anderer Bundesstaaten beruht hier, soweit nicht Staatsverträge geschlossen sind, lediglich auf tatsächlicher Übung.

3. Soll außerhalb des Deutschen Reichs Rechtshilfe geleistet werden, so ist das Ersuchen, soweit ein dazu berechtigter deutscher Konsul vorhanden ist, an diesen, für deutsche Schutzgebiete an deren Gerichte (vgl. die Gesetze vom 7. April und 25. Juli 1900: RGBl. S. 213 und 809) zu richten. Ob und wie weit auch ausländische Behörden Rechtshilfe zu leisten haben, bestimmt sich nach den bestehenden (auch den von einzelnen Bundesstaaten mit dem Ausland geschlossenen, nach § 189 FGG. vgl. mit Art. 56 EG. z. BGB. in Kraft verbliebenen) Staatsverträgen. Von Bedeutung ist insbesondere das Haager Abkommen über den Zivilprozeß vom 17. Juli 1905 (RGBl. 1909 S. 410), dessen Bestimmungen über Rechtshilfe „in Zivil- und Handelssachen" auf die freiwillige Gerichtsbarkeit mit zu beziehen sind (vgl. über das vordem maßgebende Abkommen vom 14. November 1896 Dorner, Bad. Rechts-Pol.-Ges. S. 547). Soweit Staatsverträge fehlen, gewähren doch nach internationalem Herkommen und auf Grund bestehender Gegenseitigkeit die Behörden fremder Kulturstaaten den deutschen Gerichten, wie umgekehrt diese jenen, Rechtshilfe mit den aus internationalem Brauch und aus den betreffenden Landesgesetzen sich ergebenden Einschränkungen.

§ 12. Öffentlichkeit und Sitzungspolizei. 1. Entsprechend dem Wesen der Angelegenheiten der FG., die vielfach eine Darlegung intimer familiärer, vermögensrechtlicher und geschäftlicher Verhältnisse erfordern, und deren öffentliche Verhandlung darum die Interessen der Beteiligten verletzen würde, gilt für dieselben der im FGG. nicht ausdrücklich aufgestellte, jedoch regierungsseitig im Reichstag als selbstverständlich bezeichnete Satz, daß die Verhandlungen der Gerichte mit den Beteiligten, abweichend von der streitigen Gerichtsbarkeit (§§ 170 bis 176 GVG.), nicht öffentlich sind, unbeschadet der Befugnis des Gerichts, einzelnen zur Verhandlung Zutritt zu gestatten (so ausdrücklich § 1 bad. Rechts-Pol.O.).

2. Die Vorschriften des GVG. über Sitzungspolizei (§§ 177—185) finden kraft Reichsrechts auf Verhandlungen der Gerichte, nicht auch der landesrechtlich an ihre Stelle tretenden anderen Behörden (oben § 5 Ziff. 2), in reichsgesetzlichen Angelegenheiten der FG. entsprechende Anwendung (§ 8 und § 194 Abs. 3 FGG.). Im übrigen (auch betreffs der gerichtlichen Beurkundung von Rechtsgeschäften: unten § 34 Ziff. 2) ist die Regelung der Sitzungspolizei dem Landesrecht verblieben.

§ 13. Gerichtssprache. 1. Die Vorschriften des GVG. über die Gerichtssprache (§§ 186—193) sind auf die Angelegenheiten der FG., und zwar auf die reichsrechtlichen kraft Reichsrechts (§ 8 FGG.), auf die landesgesetzlichen zumeist durch Landesgesetz (z. B. Art. 1 preuß. FG.) für entsprechend anwendbar erklärt, jedoch mit der Maßgabe (§ 9 FGG.), daß die Zuziehung eines Dolmetschers unterbleiben darf, wenn auch nur der Richter (nicht notwendig: alle Beteiligten; so § 187 Abs. 2 GVG.) der fremden Sprache mächtig ist, daß ferner die Beteiligten auf die Beeidigung des Dolmetschers (§§ 191, 192 FGG.) verzichten können, daß endlich dessen Ausschließung und Ablehnung nach den für Richter (oben § 9), nicht nach den für Sachverständige (so § 193 GVG.) geltenden Vorschriften sich regelt.

2. Besondere Vorschriften bestehen für gerichtliche und notarielle Urkunden über Rechtsgeschäfte. Danach ist ein Dolmetscher zuzuziehen:

a) wenn bei Geschäften unter Lebenden (Testament oder Erbvertrag sind in diesem Fall überhaupt ausgeschlossen: §§ 2243, 2276 BGB.) ein Beteiligter stumm oder sonst am Sprechen verhindert und eine schriftliche Verständigung mit ihm nicht möglich ist (§ 178 FGG.; ebenso, jedoch ausgedehnt auf Taube, im § 188 GVG.);

b) wenn bei Beurkundung von Geschäften jeder Art ein Beteiligter auch nur erklärt, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei (§§ 2244, 2276 BGB.; § 179 Abs. 1 FGG.). Hier entscheidet somit, abweichend vom § 187 GVG., nicht die Überzeugung des Richters (Notars), sondern allein die eigene Erklärung des Beteiligten, gleichviel, ob sie richtig ist oder nicht. Die Bestimmung des § 179 Abs. 1 FGG., welche in diesem Sinne erst bei der dritten Beratung im Plenum des Reichstags geändert worden ist, stieß auf entschiedenen Widerspruch der Regierungen, insbesondere wegen der in den polnisch redenden deutschen Gebietsteilen häufig bemerkten Verleugnung der Kenntnis der deutschen Sprache aus politischen Rück-

sichten, so daß eine Zeitlang selbst das Zustandekommen des Gesetzes in Frage gestellt schien. Wenn Abs. 3 des § 179, dessen Fassung versehentlich unverändert blieb, die Feststellung im Protokoll, daß der Beteiligte der deutschen Sprache nicht mächtig ist, bei Strafe der Nichtigkeit vorschreibt, so kann hierunter nunmehr nur noch eine auf Grund der Erklärung des Beteiligten (nicht aber eine auf Grund richterlicher Überzeugung) getroffene Feststellung verstanden werden (so die herrschende Meinung; abweichend Cecius in Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 298, 537, Bd. 45 S. 177, Dronke in DJurZ. 1901, S. 495, Aron in Z. f. ZP. Bd. 27 S. 323, Josef, Komm., Anm. 1 zu § 179).

§ 14. Beratung und Abstimmung. 1. Die Beratung und Abstimmung in Gerichtskollegien hat nach § 8 FGG., der landesrechtlich auf landesgesetzliche Angelegenheiten der FG. ausgedehnt ist, nach den Vorschriften des GVG. (§§ 196–200) zu geschehen. Dies gilt, vorbehaltlich der Sonderbestimmung des § 1874 BGB., auch für den Familienrat.

2. Auf nicht-gerichtliche Behörden (oben § 5 Ziff. 2) finden die genannten Vorschriften keine Anwendung.

§ 15. Gerichtsferien. 1. Die Angelegenheiten der FG. gestatten, wenn nicht die Interessen der Beteiligten geschädigt werden sollen, regelmäßig keinen Aufschub. Daher die (auch landesrechtlich übernommene) Vorschrift, daß auf das gerichtliche Verfahren die Gerichtsferien ohne Einfluß sind (§ 10 Satz 1 FGG.). Die Bearbeitung während der Ferien erfolgt durch die Ferienkammern und Feriensenate (§ 203 GVG.).

2. Nach § 10 Satz 2 FGG. kann jedoch die Bearbeitung der Vormundschafts- und Nachlaßsachen, nach Landesrecht (so § 91 Abs. 1 preuß. AG. z. GVG.) auch der Lehens-, Familienfideikommiß- und Stiftungssachen, während der Ferien unterbleiben, soweit das Bedürfnis einer Beschleunigung nicht vorhanden ist. Ob letzteres der Fall, entscheidet das Ermessen des Richters im Einzelfall, wogegen Anrufung der Aufsichtsbehörde, nicht aber Beschwerde nach § 19 FGG. (unten § 26), gestattet ist.

§ 16. Notariate und Grundbuchämter. 1. Die Ausgestaltung des Notariats ist dem Landesrecht verblieben und in sehr verschiedenartiger Weise erfolgt: Teils sind die Notariate Behörden (Württemberg, Baden), teils sind die Notare zwar Beamte, aber nicht Behörden (Preußen u. a.). Das Notariat ist weiter teils mit der Rechtsanwaltschaft verbunden oder doch vereinbar (Preußen, Sachsen und die meisten norddeutschen Staaten), teils von ihr getrennt (so in Bayern, Württemberg — mit Ausnahme der hier neben den Bezirksnotaren zugelassenen „öffentlichen Notare" —, Baden, Elsaß-Lothringen, Hamburg). Sein Geschäftskreis umfaßt teils in der Hauptsache nur das Beurkundungswesen (Preußen und andere norddeutsche Staaten), teils auch die Zwangsversteigerung von Grundstücken (Bayern, Württemberg, Baden, Elsaß-Lothringen), in Württemberg und Baden außerdem das Grundbuch- und Nachlaßwesen, in Württemberg auch das Vormundschaftswesen. Als Vorbildung wird zumeist die Befähigung zum Richteramt erfordert; nur Württemberg sieht überhaupt von dem Verlangen akademischer Vorbildung ab. Gar keine Notare haben Oldenburg, Sachsen-Weimar und einige kleinere Staaten. (Vgl. Das Urkundenwesen der deutschen Staaten, herausgegeben vom deutschen Notarverein.)

2. Auch die Verfassung der Grundbuchämter ist Sache des Landesrechts. Überwiegend sind die Amtsgerichte für zuständig erklärt (so namentlich in Preußen, Bayern, Sachsen). In Württemberg und Baden bildet grundsätzlich jede Gemeinde den Sitz eines staatlichen Grundbuchamts, das durch den sonst für die Gemeinde zuständigen Bezirksnotar (Notar) als Grundbuchbeamten verwaltet wird. Für die Amtsgerichtssitze können durch Anordnung des Justizministeriums die Geschäfte des Grundbuchamts dem Amtsgericht übertragen und in Baden kann in Gemeinden von mehr als 10 000 Einwohnern das Grundbuchamt als Gemeindeamt errichtet werden, wobei (von der Übergangszeit abgesehen) nur ein zum Richteramt oder Notariat Befähigter als Grundbuchbeamter bestellt werden kann.

Drittes Kapitel. Die Parteien.

§ 17. Parteibegriff. Parteifähigkeit. 1. Wer bei einer Angelegenheit der FG. Partei oder „Beteiligter" sei, ist teilweise im Gesetz selbst bestimmt; soweit dies nicht der Fall, bedarf es zum Zwecke der Feststellung hierüber, die mehrfach von Bedeutung ist (Ausschließung des Richters wegen des Verhältnisses zur Partei, oben § 9; Zulassung als Zeuge oder Sachverständiger; Gewährung des Armenrechts; Kostenpflicht), und die abweichend von dem fester geordneten Zivilprozeß nicht schon aus der Stellung im Verfahren sich ergibt, eines Zurückgehens auf die materielle Beteiligung an der einzelnen Angelegenheit.

a) *Gesetzlich bestimmt* ist der Begriff der Partei für die gerichtliche und notarielle Beurkundung von Rechtsgeschäften. Hier ist Beteiligter nach § 168 Satz 2 FGG. *derjenige, dessen Erklärung beurkundet werden soll*, gleichviel, ob er sie in eigenem Namen oder als Vertreter im Namen eines anderen abgibt.

b) Bei anderen Angelegenheiten ist Beteiligter nicht schon jeder, der irgendwelches Interesse oder auch ein „rechtliches" oder „berechtigtes" Interesse hat (vgl. §§ 34, 57, 78 FGG.), wohl aber derjenige, dessen *eigene Angelegenheit* den Gegenstand des Verfahrens bildet. Dies sind bei der Vormundschaft die Mündel, im Verhältnis zwischen Ehegatten und zwischen Eltern und Kindern beide Teile, in Nachlaßsachen die Erben, in Grundbuchsachen diejenigen, zu deren Gunsten eine Eintragung erfolgen soll oder deren Rechte durch sie betroffen werden, bei der Registerführung die Inhaber der Einzelfirma, die Gesellschafter und die Gründer, nach erfolgter Eintragung einer als juristische Person geltenden Gesellschaft (Genossenschaft, Verein) diese, im Ordnungsstrafverfahren derjenige, gegen den sich dasselbe richtet, usw. Vgl. die grundlegenden Ausführungen bei *Weißler* S. 13 ff.

c) Als Partei ist aber außer dem materiell Beteiligten (b) auch derjenige anzuerkennen, der durch *Antrag* oder *Beschwerde* das Verfahren in Lauf gesetzt hat. Als Antrag kommt hierbei nicht nur dasjenige Verlangen in Betracht, welches die rechtlich notwendige Voraussetzung des gerichtlichen Einschreitens ist (so *Weißler* S. 15), sondern auch dasjenige, welches in einem Verfahren von Amts wegen von als antrags- und beschwerdeberechtigt gesetzlich anerkannten Personen gestellt ist (vgl. § 57 Ziff. 6 und § 126 FGG.).

2. *Parteifähig* ist, wie im Zivilprozeß (§ 50 Abs. 1 ZPO.), wer rechtsfähig ist. *Nichtrechtsfähige Vereine* (§ 54 BGB.) ermangeln der Parteifähigkeit; die ihnen in § 50 Abs. 2 ZPO. zugestandene passive Parteifähigkeit kann auf das Gebiet der FG. nicht übertragen werden; für letzteres kommen nur die Mitglieder in ihrer Gesamtheit als Beteiligte in Betracht.

§ 18. Die Fähigkeit der Parteien, vor Gericht zu stehen. 1. Die Fähigkeit, vor Gericht zu stehen, d. h. vor Gericht wirksam zu handeln (insbesondere Anträge zu stellen und Beschwerde einzulegen), ist in Ermangelung einer besonderen Regelung nach den Vorschriften des *bürgerlichen Rechts*, auf welche auch die eine solche Regelung enthaltende Zivilprozeßordnung in § 51 grundsätzlich verweist, zu bestimmen. Daraus ergibt sich, daß eine Partei insoweit, als sie zu eigenem rechtsgeschäftlichem Handeln fähig ist, auch die gebotene behördliche (gerichtliche) Mitwirkung hierzu anrufen kann (daß z. B. das Gericht auf Verlangen eines Minderjährigen von mehr als sechzehn Jahren dessen Testament — vgl. § 2229 Abs. 2 BGB. — zu beurkunden hat, aber auch daß ein nach § 112 BGB. zu selbständigem Handelsbetrieb ermächtigter Minderjähriger für sich allein dem Registergericht gegenüber zu Anmeldungen und Anträgen befähigt ist), daß sie vor Gericht nur mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters handeln kann, soweit sie dieser Einwilligung auch zu rechtsgeschäftlichem Handeln bedarf (vgl. §§ 107, 112, 113, 114 BGB.), und daß an Stelle Geschäftsunfähiger und, soweit andere als rechtsgeschäftliche Handlungen in Betracht kommen (z. B. die Leistung des Offenbarungseides nach §§ 259, 260 BGB.), auch an Stelle beschränkt Geschäftsfähiger deren gesetzlicher Vertreter zum Handeln berufen ist. Der gesetzliche Vertreter *kann*, soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt (z. B. §§ 1437, 1750, 1751 BGB.), auch in Fällen für die Partei handeln, in welchen diese mit seiner Einwilligung zu eigenem Handeln befähigt wäre; daß *nur* er auch in Fällen letzterer Art für sie handeln könne, somit ein Handeln der Partei mit Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters

ausgeschlossen sei (so anscheinend Jastrow in Z. f. ZP. 25 S. 530 und Nußbaum S. 40; vgl. auch Aron in Z. f. ZP. 27 S. 339, Josef, Komm. Zusatz I A zu § 13), kann aus den dafür angerufenen §§ 1626, 1627, 1630, 1793 BGB. nicht entnommen werden.

2. Die dargelegten Grundsätze (1) erleiden nach zwei Seiten Einschränkungen:

a) Aus der Natur der Sache ergibt sich, daß, soweit das gerichtliche Einschreiten von Amts wegen, somit unabhängig von Anträgen Beteiligter, stattfindet (z. B. in Vormundschaftssachen), das Gericht auch aus Vorstellungen geschäftsunfähiger oder beschränkt geschäftsfähiger Beteiligter, wie aus jeder von außen kommenden Anregung, Anlaß zur Erwägung seines Einschreitens entnehmen kann. Ob es dies tun will, entscheidet aber das Gericht nach freiem Ermessen; die Beteiligten kommen, soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt (unten b), nur als Objekt der gerichtlichen Fürsorge, nicht als handelndes Subjekt, dessen Anträge als solche formeller Verbescheidung bedürften und das hiergegen zur Beschwerde berechtigt wäre, in Betracht.

b) Durch positive Vorschrift (§ 59 FGG.) ist Kindern unter elterlicher Gewalt und Mündeln über den aus Ziff. 1 sich ergebenden Rahmen hinaus das Recht zu selbständiger Einlegung der Beschwerde gegen Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts in dem gesetzlich näher bestimmten Umfang (in Angelegenheiten, die ihre Person betreffen, oder in denen sie vor der Entscheidung gehört werden sollen; vorausgesetzt auch, daß sie nicht geschäftsunfähig sind, und daß sie das vierzehnte Lebensjahr vollendet haben) verliehen, und ist damit denselben insoweit die Fähigkeit, für sich allein vor Gericht zu stehen, gesetzlich zuerkannt.

§ 19. Bevollmächtigte und Beistände der Parteien. 1. Für die Parteien oder ihre gesetzlichen Vertreter können Bevollmächtigte auftreten, soweit nicht das Gesetz persönliches Handeln fordert (vgl. §§ 1750, 1789, 2064, 2274, 2347, 2352 BGB.) oder das Gericht gemäß § 13 Satz 2 FGG. das persönliche Erscheinen angeordnet hat (hinsichtlich des Zwanges zur Durchführung solcher Anordnungen vgl. Dorner S. 79 und Bad. RPolGes. S. 257, auch Nußbaum S. 42 und derselbe in Z. f. ZP. 29 S. 467, 472, KG. 1. 2. 06, KGJ. 32 A 41). Anwaltszwang besteht im Bereich der FG. nicht; bezüglich der weiteren Beschwerde vgl. jedoch unten § 28 Ziff. 3. Der Umfang der Vollmacht ist gesetzlich nicht bestimmt; er ist Tatfrage des Einzelfalls; im Zweifel umfaßt die für eine Sache erteilte Vollmacht auch die Vertretung in höheren Instanzen. Nachweis der Bevollmächtigung durch öffentlich beglaubigte Vollmacht ist, soweit nicht besonders vorgeschrieben (z. B. §§ 1945, 1955 BGB.; §§ 29, 30 GBO.), nur auf Verlangen einer Partei oder auf Anordnung des Gerichts zu erbringen (§ 13 Satz 3 FGG.). Notare, welche die zur Eintragung in öffentliche Register erforderlichen Erklärungen beurkundet oder beglaubigt haben, gelten auch ohne Vollmacht als ermächtigt, im Namen der Partei die Eintragung zu beantragen (§§ 100, 129, 147, 159, 161 FGG., § 15 GBO; vgl. auch § 71 FGG.).

2. Die Parteien können mit Beiständen vor Gericht erscheinen (§ 13 Satz 1 FGG.). Der Beistand als solcher hat keine Vertretungsmacht; seine Erklärungen verpflichten die Partei nur, soweit sie dieselben genehmigt; ihr Schweigen kann, muß aber nicht, Genehmigung sein.

3. Die Fähigkeit, als Bevollmächtigter oder als Beistand aufzutreten, ist gesetzlich nicht geregelt. Auch Minderjährige sind nicht ausgeschlossen. Das Gericht ist aber für befugt zu erachten (bestritten), Personen zurückzuweisen, denen die Fähigkeit zu geeignetem Vortrag abgeht. Dagegen ist die Zurückweisung von Bevollmächtigten und Beiständen, die das Auftreten als solche geschäftsmäßig betreiben, in Ermangelung einer dem § 157 Abs. 2 ZPO. entsprechenden positiven Bestimmung als unstatthaft anzusehen.

Viertes Kapitel. Das Verfahren im allgemeinen.

§ 20. Die Einleitung des Verfahrens. 1. Im Gebiet der FG. erfolgt die Einleitung des Verfahrens teils von Amts wegen, teils nur auf Antrag. Jenes ist die Regel, die eintritt, soweit das Gesetz nicht das gerichtliche Einschreiten von einem Parteiantrag ab-

hängig macht. Von Amts wegen hat insbesondere regelmäßig das Vormundschaftsgericht einzuschreiten (Ausnahmen z. B. § 1304 Abs. 2, § 1337 Abs. 1 Satz 2, §§ 1357, 1358 BGB.). Das Nachlaßgericht hat von Amts wegen für Sicherung des Nachlasses zu sorgen; andere wichtige Maßnahmen, wie die Vermittlung der Erbauseinandersetzung, die Anordnung der Nachlaßverwaltung, die Bestimmung einer Inventarfrist, sind nur auf Antrag Beteiligter statthaft. Die Registereintragungen erfolgen gleichwie die Eintragungen in die Grundbücher (§ 13 GBO.) regelmäßig (Ausnahmen z. B. § 37 Abs. 1 HGB., §§ 142 bis 144 FGG., vgl. auch unten § 35 Ziff. 6, 7) nur auf Parteiinitiative (Antrag, Anmeldung), die indessen vielfach erzwungen werden kann (vgl. § 14 HGB.). Die Aufnahme gerichtlicher (und notarieller) Urkunden geschieht stets nur auf Antrag.

2. Der Antrag als Verfahrensvoraussetzung ist regelmäßig (vgl. die Ausnahme in § 30 GBO., unten § 35 Ziff. 3) an eine Form nicht gebunden; er kann schriftlich oder (vor Richter oder Gerichtsschreiber) mündlich angebracht werden. (Für Registeranmeldungen ist persönliche Anbringung oder öffentlich beglaubigte Form vorgeschrieben. § 12 HGB., §§ 77, 1560 BGB., § 11 GenG., §§ 128, 147, 159, 161 FGG.) Ob und wieweit im Antrag Tatsachen anzugeben und nachzuweisen oder glaubhaft zu machen sind, bestimmt sich nach den für die Einzelfälle gegebenen Vorschriften (vgl. § 1994 Abs. 2 BGB., §§ 87, 154 FGG., betreffs der Registeranmeldungen §§ 106, 162, 195 HGB. u. a. m.). Die Zurücknahme des Antrags ist mit der Wirkung der Einstellung des Verfahrens, solange dieses nicht beendet ist, jederzeit zulässig, in Grundbuch- und Schiffspfandsachen aber an eine besondere Form gebunden (§ 32 GBO., § 109 FGG.). Die Einschränkungen bei Rausnitz S. 70 sind haltlos.

§ 21. Das Offizialprinzip. 1. Das Verfahren der FG. ist, im Gegensatz zur Verhandlungsmaxime des Zivilprozesses, regelmäßig beherrscht von dem Offizialprinzip, dessen Tragweite dahin zu kennzeichnen ist, daß das Gericht von Amts wegen die Grundlagen für seine Entscheidung zu beschaffen oder, wie die Gesetze sich ausdrücken, die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen hat (§ 12 FGG.; bezüglich des Erbscheins übereinstimmend § 2358 BGB.; vgl. auch ZPO. §§ 653, 968). Das Gericht ist somit hinsichtlich der Art seines Vorgehens an Parteianträge nicht gebunden (Ausnahme z. B. § 1847 BGB.: „auf Antrag des Vormundes oder des Gegenvormundes"); es kann, gleichviel, ob das Verfahren von Amts wegen oder auf Antrag eingeleitet ist (§ 20), beantragte Erhebungen unterlassen und an deren Stelle andere vornehmen. Dieser Grundsatz gilt für die Beschwerdeinstanzen wie für die erste Instanz. Soweit er gilt, ist der Begriff der Beweislast und ist eine Verteilung der Beweislast im Sinn des Zivilprozesses ausgeschlossen; den Antragsteller trifft zwar der Nachteil, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen seines Antrages (z. B. in den Fällen der §§ 1379, 1402 BGB. die Grundlosigkeit der Weigerung des anderen Ehegatten) sich nicht feststellen lassen, und er hat darum gewiß Anlaß, dem Gericht bei der Stoffsammlung (gleichwie bei der Ermittlung fremden Rechts nach § 293 ZPO.) unterstützend an die Hand zu gehen, aber eine Beweislast oder Beweispflicht liegt ihm nicht ob, und von einer „Sachfälligkeit" bei negativem Ergebnisse der Offizialermittlungen kann nicht die Rede sein. (Vgl. Wach in Z. f. ZP. 29 S. 361, Nußbaum S. 56 und die bei Ebert-Dudek-Lindemann Anm. 1 b δ zu § 12 angeführte Rechtsprechung und Literatur.)

2. Das Offizialprinzip gilt aber nur, „soweit nicht ein anderes bestimmt ist" (§ 1 FGG.).

a) Aus der Natur der Sache ergibt sich die Einschränkung auf diejenigen Angelegenheiten, bei welchen das Gericht Entscheidungen zu treffen hat, die eine vorherige Feststellung von Tatsachen erfordern (vgl. Weißler S. 38, Nußbaum in Z. f. ZP. 29 S. 475 und die bei Wellstein Anm. 2 b α zu § 12 angeführte Rechtsprechung). Ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nach § 12 FGG. ist danach insbesondere unstatthaft, soweit dasselbe nicht eine diesem Gericht zukommende Entscheidung vorbereiten, sondern etwa nur für die — dem Vormund obliegende — Geltendmachung von Rechten (insbesondere Unterhaltsansprüchen) des Mündels als Grundlage dienen soll.

b) Auf rechtsgeschäftliche Beurkundungen findet § 12 FGG. schon hiernach, außerdem auch weil die allgemeinen Vorschriften des FGG. sich darauf überhaupt nicht mitbeziehen (unten § 34 Ziff. 2a), keine Anwendung. Zu Ermittlungen oder Beweisaufnahmen darüber, ob nicht das beabsichtigte Geschäft gegen ein gesetzliches Verbot verstößt oder aus anderem Grunde ungültig ist, ist beispielsweise das um dessen Beurkundung angegangene Gericht nicht befugt.

c) In Grundbuchsachen ist es nach §§ 18, 29 GBO. Sache der Beteiligten, die zu einer beantragten Eintragung erforderlichen Nachweise in der vorgeschriebenen Form zu erbringen; insoweit bleibt § 12 FGG., auch wenn auf diese Sachen landesrechtlich die allgemeinen Vorschriften des FGG. für anwendbar erklärt sind (so z. B. § 18 bad. AG. z. GBO.), ausgeschlossen.

d) Dagegen ist die Auffassung, daß für die durch das BGB. der FG. zugewiesenen, früher im Wege des Zivilprozesses erledigten streitigen Angelegenheiten, insbesondere für Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts betreffs der Rechtsbeziehungen zwischen Ehegatten oder zwischen Eltern und Kindern (vgl. oben § 1 Ziff. 1), nicht das Offizialprinzip (§ 12 FGG.), sondern die Verhandlungsmaxime gelte, daß somit hier den Parteien eine mehr oder minder weitgehende Verfügung hinsichtlich der Stoffsammlung zuzugestehen sei, und was damit zusammenhängt, insoweit auch eine Beweislastverteilung in Frage komme, als der erforderlichen gesetzlichen Grundlage ermangelnd zurückzuweisen. (Weißler Anm. 2 b β zu § 12, Keidel Anm. 8 zu § 12, Ebert-Dudek-Lindemann Anm. 2 b zu § 12, Josef, Komm., Zusatz C zu § 12 und die bei diesen angeführte Rechtsprechung und Literatur.) Vgl. jedoch unten Ziff. 3 und oben § 20 Ziff. 2.

3. Auch im Bereich der Geltung des Offizialprinzips ist für den Umfang der Ermittlungen und Beweisaufnahmen die Natur der einzelnen Angelegenheit maßgebend. Nach deren Beschaffenheit hat das Gericht das im Einzelfalle Geeignete anzuordnen. Positive Vorschriften zur Begrenzung des gerichtlichen Ermessens sind, vorbehaltlich einzelner Bestimmungen für besondere Fälle, nicht gegeben. Zu einem über die Parteianträge hinausgehenden Eingreifen wird bei streitigen Angelegenheiten der FG. (oben Ziff. 2 d) in minderem Maße Anlaß vorliegen als bei den betreffs einer Vormundschaft oder Pflegschaft zu treffenden Entscheidungen. Soweit ausnahmsweise der Gang des Verfahrens bestimmt vorgeschrieben ist, wie bei der Teilungsvermittlung (§§ 86—99) und bei der Verhandlung über die Dispache (§§ 153—158 FGG.), bleibt für ein darüber hinausgreifendes Vorgehen nach § 12 FGG. regelmäßig wenig Raum. In Handelsregistersachen endlich hat das Gericht den Zweck des Handelsregisters, der zunächst in der Beurkundung der Erklärungen der Beteiligten besteht, zu berücksichtigen, und kann es sich danach bei Anwendung des § 12 FGG. regelmäßig, vorbehaltlich weiterer Ermittlungen in zweifelhaften Fällen, mit Erhebung der Angaben der Beteiligten selbst über die für Beurteilung der Zulässigkeit und Notwendigkeit der Eintragung erheblichen Tatsachen begnügen (vgl. hierzu Dorner S. 460 f.).

§ 22. Ermittlungen und Beweiserhebungen. 1. Ermittlungen und Beweiserhebungen kommen nur in bezug auf erhebliche Tatsachen in Betracht (vgl. Dorner S. 76). Verfahrensvorschriften hierfür sind nur in geringem Umfang gegeben; soweit sie fehlen, ist das Verfahren ein formloses und entscheidet lediglich das Ermessen des Gerichts betreffs der Mittel zur Feststellung der Tatsachen.

2. In einer Reihe von Fällen, nicht aber allgemein, ist teils im BGB. selbst, teils im FGG. die Anhörung der Beteiligten vor der Entscheidung vorgeschrieben. Dieselbe empfiehlt sich indessen regelmäßig, wenigstens soweit ohne erhebliche Verzögerung und ohne unverhältnismäßige Kosten tunlich, auch in anderen Fällen, da sie sachlich unrichtige oder beschwerende Entscheidungen am besten verhütet. Ein Zwang zur Gestellung findet, da den Parteien eine Erscheinungspflicht weder reichsrechtlich noch landesrechtlich auferlegt ist, nicht statt (vgl. oben § 19 Ziff. 1).

3. Neben den Parteien (2) können Auskunftspersonen gehört werden; für bestimmte Fälle (z. B. §§ 1673, 1847 BGB.) ist deren Anhörung vorgeschrieben. Von den

Zeugen unterscheiden sich die Auskunftspersonen dadurch, daß sie nicht über gemachte Wahrnehmungen aussagen, sondern nach ihrer Kenntnis der Verhältnisse sich über zu erwägende Maßnahmen äußern, den Richter beraten sollen. Ein Zwang zur Gestellung findet auch hier (vgl. oben Ziff. 2) nicht statt.

4. Sollen Zeugen und Sachverständige vernommen werden, so finden die Vorschriften der ZPO. über Zeugen- und Sachverständigenbeweis (nicht auch die ergänzenden allgemeinen Vorschriften der ZPO.) entsprechende Anwendung (§ 15 FGG.). In einem Punkte ist eine Abweichung hiervon vorgesehen: über die (in der ZPO. allgemein vorgeschriebene) Beeidigung entscheidet, soweit sie überhaupt statthaft ist (ZPO. §§ 393, 402), das Ermessen des Gerichts (§ 15 Abs. 1 Satz 2 FGG.).

5. Auch sonstige Beweismittel sind, wiewohl das Gesetz sie nicht erwähnt, nicht ausgeschlossen: so Beweis durch Augenschein und durch Urkunden sowie (bestritten) der einer Partei als Mittel der Wahrheitserforschung richterlich auferlegte Eid; dagegen ist der Schiedseid, als mit dem Offizialprinzip unvereinbar, für unstatthaft zu erachten. Soweit Glaubhaftmachung tatsächlicher Behauptungen erfordert ist, kann behufs derselben nach ausdrücklicher Vorschrift des § 15 Abs. 2 FGG. ein Beteiligter wie im Zivilprozeß (§ 294 ZPO.) zur Versicherung an Eides Statt zugelassen werden.

6. Die Anhörung der Beteiligten (2) und der Auskunftspersonen (3) kann schriftlich oder mündlich geschehen, soweit nicht vereinzelt betreffs jener die Verhandlung in Terminen, somit die mündliche Vernehmung, vorgeschrieben ist (§§ 89, 91, 93, 134, 155 FGG.; unten §§ 30, 32, 33). Betreffs der Zeugen (4) ergibt sich dagegen aus den angezogenen Vorschriften der ZPO., daß sie mündlich vor Gericht zu vernehmen sind.

7. Daß über die gerichtlichen Verhandlungen Protokolle geführt werden, ist für bestimmte Einzelfälle gesetzlich bestimmt (vgl. FGG. §§ 78, 91, 93, 107 und § 8 vgl. mit GVG. §§ 184, 185); von einer allgemeinen Vorschrift wurde, da sie nur zu weitläufigen, zwecklosen Schreibereien führe, abgesehen. Ein Protokollierungszwang besteht darnach selbst nicht betreffs der Aussagen von Zeugen und Sachverständigen. Ebenso wenig sind für die Fälle, in welchen Protokolle vorgeschrieben sind, deren Formen (Mitwirkung des Gerichtsschreibers; Vorlesung und Genehmigung; Unterzeichnung) reichsrechtlich bestimmt; teilweise greift das Landesrecht ergänzend ein (vgl. oben § 10 Ziff. 1).

§ 23. Gerichtliche Entscheidungen. 1. Über das Ergebnis der Ermittlungen und etwaigen Beweisaufnahmen entscheidet das Gericht nach freier Überzeugung (Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung). Gesetzliche Beweisregeln, die im Zivilprozeß diesen Grundsatz (§ 286 ZPO.) mehrfach einschränken, gibt es im Bereich der FG. nicht. Vgl. § 2359 BGB.

2. Nach dem Sprachgebrauch der Gesetze wird die zur Sache ergehende Entscheidung als „Verfügung" (§§ 16, 18, 19 usw.), daneben auch als „Entscheidung" (§§ 24 bis 30, 59, 165, 166), „Anordnung" (§§ 13, 33 usw.), „Beschluß" (§§ 67, 68, 84, 96 FGG.) bezeichnet. Alle diese Bezeichnungen sind gleichbedeutend. Die Unterscheidung zwischen Urteilen und Beschlüssen ist der FG. fremd.

3. Formen der gerichtlichen Verfügungen sind nicht vorgeschrieben. Diese können mündlich oder schriftlich erlassen werden; die schriftlich erlassenen bedürfen nicht notwendig der Unterschrift des Richters, ebenso nicht der Beifügung von Gründen. Nur die Entscheidungen des Beschwerdegerichts sind „mit Gründen zu versehen" (§ 25 FGG.), somit schriftlich abzufassen.

4. Die Bekanntmachung der gerichtlichen Entscheidungen geschieht von Amts wegen (Gerichtsbetrieb), nicht erst auf Betreiben der Parteien. Sie hat jedenfalls zu erfolgen an diejenigen, für welche die Verfügung ihrem Inhalte nach bestimmt ist (§ 16 Abs. 1 FGG.; unten Ziff. 5); daß nur an sie (so Weißler S. 48), sagt das Gesetz nicht; nach der Natur der Sache ist die Verfügung zwar nicht an alle Beschwerdeberechtigten (insbesondere nicht in den Fällen des § 57 FGG.; unten § 27 Ziff. 3), wohl aber an alle diejenigen bekanntzumachen, welche durch die Verfügung in ihren Rechten beeinträchtigt werden (§ 20 FGG.). Die Be-

kanntmachung erfolgt, wenn mit ihr der Lauf einer Frist beginnt, durch Zustellung nach den Vorschriften der ZPO., sonst durch Brief oder formlose Behändigung (§ 16 Abs. 2); an Anwesende kann sie in beiden Fällen auch mündlich zu Protokoll geschehen (§ 16 Abs. 3 FGG.). Zustellungen geschehen beim Vorhandensein eines von der Partei Bevollmächtigten (oben § 19) an diesen, können aber auch wirksam an die Partei selbst erfolgen. So bayr. OLG. 2. 1. 04 (ZBl. f. FG. 4, 843), OLG. Colmar 30. 10. 07 (DNotV. 8, 131), KG. 18. 4. 07 (RJA. 8, 250, KGJ. 34 A 6); a. M. früher KG. 21. 10. 01 (RJA. 2, 210, KGJ. 22 A 198), Dorner S. 120.

5. Wirksam werden gerichtliche Verfügungen in der Regel mit der Bekanntmachung an diejenigen, für welche sie ihrem Inhalte nach bestimmt sind (§ 16 Abs. 1). Ausnahmsweise ist der Beginn der Wirksamkeit an andere Akte, so an die Vormundsbestellung (§§ 51, 52), geknüpft oder von der Bekanntmachung an bestimmt bezeichnete Beteiligte abhängig gemacht (vgl. § 67 FGG.). Verfügungen, gegen welche die sofortige Beschwerde stattfindet (unten § 27 Ziff. 5) treten zwar in der Regel mit der Bekanntmachung, ausnahmsweise jedoch (§§ 26, 53, 56, 70, 97, 98) erst mit der Rechtskraft in Wirksamkeit. Vgl. unten § 24 Ziff. 1.

6. Das Gericht kann eine von ihm erlassene Verfügung, soweit sie nicht der sofortigen Beschwerde unterliegt, ändern, wenn es sie nachträglich für ungerechtfertigt erachtet; jedoch darf die Änderung einer Verfügung, durch die ein das Verfahren bedingender Antrag zurückgewiesen ist, nur auf Antrag erfolgen (§ 18 FGG.). Ausnahmsweise ist die Änderung ausgeschlossen in §§ 29 Abs. 3, 55, 62, 67 Abs. 3 FGG. Soweit die nachträgliche Änderung statthaft ist, fragt sich, ob sie nur für die Zukunft (ex nunc) oder auch rückwärtshin (ex tunc) wirkt. Die Änderung hat, soweit nicht die geänderte Verfügung von vornherein nichtig war (z. B. die Bestellung eines Entmündigten als Vormund — § 1780 BGB. — oder die Verfügung eines sachlich unzuständigen Gerichts), keine rückwirkende Kraft, wenn sie eine Verfügung betrifft, durch die jemand die Fähigkeit oder die Befugnis zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder zur Entgegennahme einer Willenserklärung erlangt hat; es bleibt somit die Wirksamkeit der inzwischen von ihm oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte von der Änderung unberührt (§ 32 FGG.). In anderen Fällen kann das Gericht selbst die Tragweite der ändernden Verfügung bestimmen; hat es dies nicht getan, so ist die Frage, ob die Rückwirkung als beabsichtigt gelten kann, nach den Umständen des Einzelfalls zu beantworten und danach insbesondere im Falle der Aufhebung von Straffestsetzungen regelmäßig zu bejahen. Vgl. hierzu Dorner S. 130, Wellstein S. 87 und die dort angeführte Literatur.

7. Von der Änderung einer sachlich ungerechtfertigten Verfügung (6) ist zu unterscheiden die Änderung wegen veränderter Umstände, die auch ohne die Voraussetzungen des § 18 FGG., selbst nach Rechtskraft der alten Verfügung, statthaft ist und durch Erlassung einer mit dieser in Widerspruch stehenden neuen Verfügung (z. B. Aufhebung der Vormundschaft oder Pflegschaft wegen Wegfalls ihres Grundes: §§ 1883, 1884, 1919—1921 BGB.) sich vollzieht.

§ 24. Die Vollstreckung. 1. Gerichtliche Verfügungen der FG., die nicht (wie die Volljährigkeitserklärung, die Genehmigung von Rechtsgeschäften u. dgl.) die gewollten Rechtsfolgen unmittelbar herbeiführen, insbesondere solche, die Verpflichtungen auferlegen, bedürfen der Vollziehung in den Formen der FG., soweit nicht die Durchführung dem Rechtsweg vorbehalten ist (so z. B. betreffs Herausgabe eines Kindes in den Fällen des § 1635 BGB.) oder das Gesetz mit der Nichtbefolgung anderweite Rechtsfolgen verbunden hat (so z. B. in den Fällen der §§ 89, 91, 93 FGG.; unten § 30 Ziff. 2).

2. Das Verfahren bei der Vollziehung, soweit sie hiernach (1) in Frage kommt, ist reichsgesetzlich, abgesehen von Einzelbestimmungen (wie die Verweisung auf die ZPO. in den Fällen der §§ 98, 99, 158 FGG. — unten §§ 30, 33 —, die mehrfach vorgesehene Erzwingung bestimmter Handlungen durch Ordnungsstrafen oder Offenbarungseid — z. B. §§ 78, 1837 BGB., §§ 14, 37, 319 HGB., §§ 33, 83, 132, 151, 154, 159 FGG. — u. dgl.), nicht geregelt, da diese Regelung zur einheitlichen Durchführung des bürgerlichen Rechts nicht geboten schien. Die Landesgesetze haben, vielfach unter sich übereinstimmend, die

Lücke ausgefüllt (vgl. die Darstellung von Nußbaum in Z. f. ZP. 29 S. 440—506). Als Zwangsmittel sind danach vorgesehen: Ordnungs(Zwangs-)strafen in Geld (auch für die nicht schon reichsgesetzlich bezeichneten Fälle), die nach vorheriger Androhung verhängt werden, im Einzelfalle nicht über 300 Mark betragen dürfen und (ohne Umwandlung in Haft) teils im Verwaltungszwangsverfahren, teils wie kriminelle Strafen beigetrieben werden; die Anwendung von Gewalt (unmittelbarer Zwang), die zum Zwecke der Herausgabe einer Person oder Sache oder der Vorlegung einer Sache ohne weiteres (somit wahlweise neben Ordnungsstrafe), sonst nur insoweit, als der Zwang durch Ordnungsstrafe versagt, die Anordnung somit ohne Zwang nicht durchzuführen ist, gestattet wird; das Anhalten zum Offenbarungseid, wenn der Vollstreckungsbeamte die herauszugebende Person (Kind, Mündel) oder Sache nicht vorfindet; die — landesrechtlich insbesondere aus der gerichtlichen Kostenfestsetzung zugelassene — Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der ZPO.; endlich nach einzelnen Landesrechten die dem § 887 ZPO. entsprechende Ermächtigung, „fungible Handlungen" durch Dritte vornehmen zu lassen, oder aber die unmittelbare gerichtliche Anordnung der Vornahme durch Dritte auf Kosten des Verpflichteten (so z. B. die Errichtung eines Inventars, die Stellung einer Vormundschaftsrechnung).

§ 25. Die Kostenpflicht. 1. Reichsrechtlich ist die Kostenpflicht gegenüber der Staatskasse (über die betreffende Reichstagsresolution vgl. oben § 3 Ziff. 1 a) und sind die Gebühren der Rechtsanwälte in Angelegenheiten der FG. ebensowenig geregelt wie, von Sonderbestimmungen (§§ 138, 152 FGG.) abgesehen, die Kostenerstattungspflicht unter den Parteien. In der einen wie anderen Hinsicht ist das Landesrecht maßgebend geblieben.

a) Die Kostenpflicht gegenüber der Staatskasse ist für Preußen durch das Gesetz vom 25. Juni 1895 mit den Änderungen und Zusätzen in Art. 86 des preußischen AG. z. BGB. geregelt, und diese Regelung hat derjenigen in anderen Bundesstaaten vielfach als Vorbild gedient.

b) Die Pflicht der Kostenerstattung, die nur beim Vorhandensein einer Mehrzahl Beteiligter in Frage kommt, ist allgemein nur von einzelnen Landesrechten (Bayern, Baden, Elsaß-Lothringen) und zwar dahin geordnet, daß derjenige die Kosten trägt, in dessen Angelegenheit sie entstanden sind; das Gericht kann jedoch einem anderen Beteiligten die durch unbegründete Anträge oder Beschwerden verursachten oder sonst verschuldeten Kosten ganz oder teilweise auferlegen.

2. Für die Gewährung des Armenrechts und die Beiordnung von Rechtsanwälten sind die Vorschriften der ZPO. (§§ 114—127) und der Rechtsanwaltsordnung (§§ 34—36) als entsprechend anwendbar erklärt (§ 14 FGG.).

Fünftes Kapitel. Rechtsmittel.

§ 26. Die zulässigen Rechtsmittel im allgemeinen. 1. Als Rechtsmittel, d. h. Rechtsbehelfe, die auf Änderung einer gerichtlichen Entscheidung durch ein höheres Gericht abzielen, kommen im Gebiet der FG. nur vor: die Beschwerde und die weitere Beschwerde. Nicht hierher gehören: der Antrag auf Wiedereinsetzung (unten § 27 Ziff. 5), die Rechtsbehelfe des Einspruchs und des Widerspruchs beim Registerrichter (unten § 32 Ziff. 2 und 3) und die landesrechtlich zugelassene Anrufung des Amtsgerichts gegen Anordnungen nichtgerichtlicher Vormundschafts-, Nachlaß- und Grundbuchbehörden (oben § 6 Ziff. 1 und vgl. Dorner S. 621 f.).

2. Von den Rechtsmitteln gegen sachliche Entschließungen, die hier allein in Betracht kommen, sind zu unterscheiden: die Beschwerde gegen sitzungspolizeiliche Ordnungsstrafen der Amtsgerichte und Landgerichte (oben § 7 Ziff. 1 c), die Beschwerde gegen Entscheidungen über Zulässigkeit der Rechtshilfe (oben § 7 Ziff. 1 d und Ziff. 3 a) und die nach Landesrecht, dem die Regelung der Dienstaufsicht über die Gerichte vorbehalten ist, zu beurteilende Aufsichtsbeschwerde, die nicht den Inhalt einer Verfügung, sondern die Art des Geschäftsbetriebs betrifft, insbesondere gegen Geschäftsverzögerungen und ungebührliche Behandlung bei der — hierwegen auch von Amts wegen zum Einschreiten berufenen — Aufsichtsbehörde Abhilfe sucht.

3. Für die Rechtsmittel gegen sachliche Entschließungen sind regelmäßig (und nur von diesen Regelfällen ist im folgenden — §§ 27, 28 — die Rede) die Vorschriften des FGG. (§§ 19—29), womit diejenigen der GBO. (§§ 71–80) im allgemeinen, teilweise wörtlich, übereinstimmen, maßgebend. Ausnahmsweise ist jedoch für einzelne dem Vereins- und Genossenschaftsrecht angehörige Angelegenheiten der FG. die „sofortige Beschwerde nach den Vorschriften der ZPO." gewährt (§§ 60, 71, 73 BGB.; § 80 GenGes.). Auch für diese Ausnahmefälle gelten die allgemeinen Vorschriften des FGG., vor allem das Offizialprinzip (oben § 21); dagegen bestimmt sich das Beschwerdeverfahren nach den mehrfach, namentlich betreffs der weiteren Beschwerde, abweichenden Vorschriften der ZPO., die zu einer Zeit, da das FGG. noch nicht einmal als Entwurf vorlag, für maßgebend erklärt worden sind, und bei denen es verblieben ist, da ihre Außerkraftsetzung eine Änderung des eben erst erlassenen BGB. bedingt hätte: so setzt die weitere Beschwerde in den Ausnahmefällen einen neuen, selbständigen Beschwerdegrund (§ 568 Abs. 2 ZPO.), nicht aber eine kausale Gesetzesverletzung (unten § 28 Ziff. 1) voraus; sie erwächst ferner auch in Preußen und Bayern (oben § 7 Ziff. 2) an das dem Landgericht vorgeordnete Oberlandesgericht, nicht stets an das Kammergericht und nicht an das oberste Landesgericht, und eine Entscheidung des Reichsgerichts an Stelle des Oberlandesgerichts kommt hier nicht in Frage.

4. Eine Wiederaufnahme des Verfahrens, entsprechend der zivilprozessualen (ZPO. §§ 578—591), ist in Angelegenheiten der FG., vorbehaltlich der Befugnis, wegen veränderter Umstände eine mit der alten in Widerspruch stehende neue Verfügung zu erlassen (oben § 23 Ziff. 7), nicht vorgesehen.

§ 27. Die Beschwerde. 1. Betreffs der sachlichen Zuständigkeit zur Entscheidung über die Beschwerde vgl. oben § 6 Ziff. 1 und § 7 Ziff. 1 b.

2. Die Beschwerde findet statt gegen die Verfügungen des Gerichts erster Instanz und gegen die Entscheidungen des Grundbuchamts (§ 19 FGG., § 71 Abs. 1 GBO.) — auch gegen Zwischenverfügungen. Sie ist unstatthaft gegen Eintragungen ins Grundbuch (§ 71 Abs. 2 GBO.) und in Schiffspfandsachen gegen Eintragungen ins Schiffsregister (§ 122 FGG.). (Auf Eintragungen in andere öffentliche Register ist diese Sonderbestimmung nicht auszudehnen; so auch Josef in DJurZ. 9, 63, a. M. OLG. Frankfurt 30. 3. 01, Z. f. ZP. 30, 145, Siméon S. 261.) Ferner ist die Beschwerde in einer Reihe von Einzelfällen durch Bestimmungen des FGG. ausgeschlossen.

3. Das Recht der Beschwerde steht nach § 20 FGG. nicht jedem, der ein rechtliches Interesse an der Abänderung der Verfügung hat, sondern nur demjenigen, dessen (privates oder öffentliches) Recht durch die Verfügung, vorausgesetzt, daß sie ungerechtfertigt ist, beeinträchtigt wird, und, wenn durch die Verfügung ein das Verfahren bedingender Antrag zurückgewiesen ist, nur dem Antragsteller zu. Vgl. hierzu Schultzenstein in Z. f. ZP. 25 S. 214 f. und die bei Wellstein S. 96 angeführte Rechtsprechung. Dies gilt auch für Grundbuchsachen, für welche die GBO. das Recht der Beschwerde nicht geregelt hat, da auf die — durch Reichsgesetz den Gerichten übertragene — Beschwerde in Grundbuchsachen die allgemeinen Vorschriften des FGG. nach dessen § 1 Anwendung finden (bestritten). Für einzelne Angelegenheiten ist das Beschwerderecht erweitert. So wird in § 57 FGG. die Beschwerde gegen bestimmte Verfügungen des Vormundschaftsgerichts jedem, der nur ein Interesse an Änderung der Verfügung hat, sowie dem Ehegatten, den Verwandten und Verschwägerten des Kindes (Mündels), gegen Verfügungen betreffs der Sorge für die Person, die nicht der sofortigen Beschwerde unterliegen, insbesondere jedem gestattet, der ein berechtigtes Interesse hat, die betreffende Angelegenheit wahrzunehmen. Den Organen des Handelstandes (Handelskammern) ist gegen Entscheidungen des Registergerichts über ihre Anträge auf Berichtigung und Vervollständigung des Handelsregisters das Recht der Beschwerde eingeräumt (§ 126 FGG.).

4. Die Beschwerde kann bei dem Gericht (Grundbuchamt), dessen Verfügung angefochten wird, oder bei dem Beschwerdegericht, sie kann schriftlich oder zu Protokoll (des Gerichtsschreibers, Grundbuchamts, nicht auch des Richters) eingelegt werden (§ 21 FGG., § 73 GBO.). Die

Erklärung, daß Beschwerde eingelegt werde, genügt; ein bestimmter Inhalt, insbesondere Antrag, der Beschwerde ist nicht vorgeschrieben.

5. Die Beschwerde ist in der Regel (in Grundbuchsachen stets) als einfache fristlos, ausnahmsweise als „sofortige Beschwerde" an eine Frist von zwei Wochen gebunden, die mit der Bekanntmachung an den Beschwerdeführer beginnt und mit deren Ablauf die Verfügung in Rechtskraft erwächst (vgl. jedoch § 23 Ziff. 7). In den Fällen letzterer Art handelt es sich um Angelegenheiten, bei denen das Interesse der Beteiligten verlangt, daß das Rechtsverhältnis möglichst bald eine feste Grundlage erhalte (daher auch der Ausschluß der Änderungsbefugnis des § 18 FGG.: oben § 23 Ziff. 6). Dahin gehören die Volljährigkeitserklärung (§ 60 Ziff. 6 und § 56), die Bestätigung der nachlaßgerichtlich vermittelten Erbauseinandersetzung (§ 96), die Festsetzung von Ordnungsstrafen durch den Registerrichter (§ 139); über andere Fälle vgl. §§ 53, 60, 68, 70, 76, 77, 80, 81, 82, 99, 140 ff., 150, 157, 159, 160, 161 FGG. Gegen unverschuldete Versäumung der Frist findet auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand statt, wenn der Antrag unter Glaubhaftmachung des Hinderungsgrundes binnen zwei Wochen nach dessen Wegfall und binnen eines Jahres seit Fristablauf gestellt wird; die Entscheidung über den Antrag unterliegt der sofortigen weiteren Beschwerde. § 22 FGG.

6. Die Beschwerde unterstellt, soweit ihr nicht das Gericht erster Instanz selbst abhilft (oben § 23 Ziff. 6), die Sache in tatsächlicher wie rechtlicher Beziehung der Nachprüfung durch das Beschwerdegericht. Sie kann auch auf neue Tatsachen und Beweise gestützt werden (§ 23 FGG, § 74 GBO.).

7. Die Beschwerde gegen eine Verfügung, die schon in Wirksamkeit getreten (vollstreckbar geworden) war, hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Ausnahme: Straffestsetzungen nach § 24 Abs. 1 FGG. und — landesrechtlich — Verfügungen, die auf Unterbringung zur Zwangserziehung lauten); jedoch kann das verfügende Gericht die Vollziehung aussetzen, und das Beschwerdegericht ist allgemein ermächtigt, vor seiner Entscheidung einstweilige Anordnungen (auch anderen Inhalts) zu erlassen (§ 24 Abs. 2 und 3 FGG., in Grundbuchsachen Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs, die nach Erledigung der Beschwerde von Amts wegen zu löschen sind, § 76 GBO.). Eine Verfügung, die nach gesetzlicher Vorschrift erst mit der Rechtskraft in Wirksamkeit tritt (oben § 23 Ziff. 5), darf zuvor weder von dem Instanzgericht noch im Fall eingelegter Beschwerde von dem Beschwerdegericht in Wirksamkeit gesetzt werden (Ausnahme: § 53 Abs. 2 FGG.).

8. Erachtet der erste Richter die (einfache) Beschwerde für begründet, so hat er ihr selbst abzuhelfen (so § 75 GBO. ausdrücklich); im übrigen ergibt sich das Recht der Abhilfe aus § 18 FGG.).

9. Für das Verfahren vor dem Beschwerdegericht gelten die im vierten Kapitel (§§ 20—25) dargestellten allgemeinen Grundsätze (vgl. insbesondere § 21 Ziff. 1 und § 22 Ziff. 2). Das Gericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob die Beschwerde statthaft und ob sie form- und fristgerecht eingelegt ist. Es kann, wenn es die Beschwerde begründet findet, selbst die erforderlichen Anordnungen treffen oder sie dem Gericht erster Instanz übertragen, namentlich, wenn dessen Verfahren mit Mängeln behaftet ist, die Sache unter Aufhebung der angefochtenen Verfügung zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an die erste Instanz zurückverweisen. Jedenfalls ist die Entscheidung mit Gründen zu versehen (§ 25 FGG., § 77 GBO.), welche die im Falle der weiteren Beschwerde der Nachprüfung unterliegende Rechtsauffassung des Beschwerdegerichts erkennen lassen.

10. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts wird in der Regel wirksam mit ihrer Bekanntmachung; soweit jedoch die schon in Kraft getretene erstinstanzliche Verfügung (oben Ziff. 7) der sofortigen Beschwerde und folgeweise (unten § 28 Ziff. 4) die Entscheidung des Beschwerdegerichts der sofortigen weiteren Beschwerde unterliegt, tritt die letztere Entscheidung erst mit der Rechtskraft in Wirksamkeit (§ 26 Satz 1 FGG.), bleibt somit die Wirksamkeit der Verfügung des Gerichts erster Instanz bis zur rechtskräftigen Erledigung der Beschwerde aufrechterhalten; jedoch kann in diesen Ausnahmefällen das Beschwerdegericht die sofortige Wirksamkeit seiner Entscheidung anordnen (§ 26 Satz 2 FGG.).

11. Enthält die Entscheidung die Änderung einer Verfügung, durch die jemand die Fähigkeit oder die Befugnis zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder zur Entgegennahme einer Willenserklärung erlangt hat, so hat die Änderung gleichwie diejenige durch das Instanzgericht (oben § 23 Ziff. 6) bezüglich der inzwischen von ihm oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte keine rückwirkende Kraft, wohl aber hat dieselbe rückwirkende Kraft in dem Sinne, daß die inzwischen von der Person, welche durch die angefochtene Verfügung die bezeichnete Fähigkeit oder Befugnis verloren hatte, oder ihr gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht auf Grund der aufgehobenen Verfügung in Frage gestellt werden dürfen, somit gleichfalls aufrecht erhalten werden (vgl. § 61 mit § 60 Ziff. 5 FGG. und Dorner S. 180 ff.).

§ 28. Die weitere Beschwerde. 1. Die weitere Beschwerde gegen Entscheidungen der Landgerichte in der Beschwerdeinstanz und in Fällen des § 22 Abs. 2 FGG. (oben § 27 Ziff. 5) setzt wie die zivilprozessuale Revision voraus, daß die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 27 Satz 1 FGG., § 78 Satz 1 GBO.). Der hiernach erforderliche Kausalzusammenhang zwischen Gesetzesverletzung und Entscheidung gilt ohne weiteres als vorhanden, wenn eine der in § 551 ZPO. bezeichneten Verfahrensvorschriften (vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts usw.) verletzt ist. § 27 Satz 2 FGG., § 78 Satz 2 GBO. Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund (vgl. oben § 26 Ziff. 3) ist ebenso wenig vorausgesetzt wie eine Beschwerdesumme.

2. Im Interesse der einheitlichen Anwendung des Reichsrechts ist vorgeschrieben, daß das zur Entscheidung berufene Oberlandesgericht (Kammergericht, oberstes Landesgericht: vgl. oben § 7 Ziff. 1 a und Ziff. 2), wenn es in den reichsgesetzlichen Angelegenheiten der FG. (oben § 5 Ziff. 1 a) bei Auslegung einer diese Angelegenheiten betreffenden (in Grundbuchsachen: bei Auslegung einer das Grundbuchrecht betreffenden) reichsgesetzlichen Vorschrift von der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder von einer Reichsgerichtsentscheidung abweichen will, die weitere Beschwerde unter Begründung seiner Rechtsauffassung dem Reichsgericht vorzulegen hat, das alsdann — wenn auch nach seiner Auffassung die genannten Voraussetzungen vorliegen (RG. 21. 12. 01 in RJA. 5, 9) — über dieselbe entscheidet. §§ 28, 199 FGG.; §§ 79, 102 GBO. (vgl. oben § 7 Ziff. 3 b.)

3. Die weitere Beschwerde kann bei dem Amtsgericht (Grundbuchamt), dem Landgericht oder dem Oberlandesgericht zu Protokoll des Gerichtsschreibers (Grundbuchamts) oder durch Einreichung einer Beschwerdeschrift eingelegt werden. Die letztere muß, ausgenommen wenn sie von einer Behörde oder von einem Notar ausgeht, der in erster Instanz Anträge für den Beschwerdeführer gestellt hat, von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein (§ 29 Abs. 1 FGG., § 80 Abs. 1 GBO.). Als Inhalt genügt die Angabe, daß die weitere Beschwerde eingelegt werde; insbesondere bedarf es nicht einer Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm; vielmehr hat das Gericht auf Grund der festgestellten Tatsachen und des Akteninhalts selbständig zu prüfen, ob und welche Rechtsnormen verletzt sind, und ob die angefochtene Entscheidung hierauf beruht.

4. Die weitere Beschwerde ist als sofortige weitere Beschwerde an eine zweiwöchige Beschwerdefrist gebunden in den Fällen, in welchen auch die Entscheidung erster Instanz der sofortigen Beschwerde unterliegt (§ 29 Abs. 2 FGG.), und außerdem im Falle des § 22 Abs. 2 FGG. (oben § 27 Ziff. 5).

5. Zur Sicherung einer gleichmäßigen Rechtsprechung dient die Vorschrift, daß weder das Amtsgericht (Grundbuchamt) noch das Landgericht befugt sind, der an eine Frist nicht gebundenen weiteren Beschwerde abzuhelfen (§ 29 Abs. 3 FGG., § 80 Abs. 2 GBO.: Ausnahme von § 18 FGG., oben § 23 Ziff. 6).

6. Im übrigen finden die Vorschriften über die Beschwerde auf die weitere Beschwerde entsprechende Anwendung (§ 29 Abs. 4 FGG., § 80 Abs. 3 GBO.).

Sechstes Kapitel. Besondere Verfahrensarten des FGG.

§ 29. **Vorbemerkungen:** 1. Die besonderen Bestimmungen des FGG. (oben § 3 Ziff. 1 a) betreffen: im 2. Abschnitt (§§ 36—64) die Vormundschaftssachen, im 3. Abschnitt (§§ 65—68) die Annahme an Kindesstatt, im 4. Abschnitt (§§ 69—71) den Personenstand, im 5. Abschnitt (§§ 72—99) die Nachlaß- und Teilungssachen, im 6. Abschnitt (§§ 100—124) das Schiffspfandrecht, im 7. Abschnitt (§§ 125—158) die Handelssachen, im 8. Abschnitt (§§ 159—162) Vereinssachen und Güterrechtsregister, im 9. Abschnitt (§§ 163—166) Offenbarungseid usw., im 10. Abschnitt (§§ 167—184) die gerichtlichen und notariellen Urkunden.

2. Diese besonderen Bestimmungen regeln zu einem großen Teil die sachliche oder örtliche Zuständigkeit der Gerichte und die zulässigen Rechtsmittel, sie enthalten daneben auch einzelne zu den allgemeinen Vorschriften des ersten Abschnitts ergänzend hinzutretende Verfahrensnormen; sie sind insoweit in der vorstehenden allgemeinen Darstellung soweit erforderlich schon berücksichtigt. Einer besonderen Darstellung, die in den §§ 30—34 folgt, bedürfen nur diejenigen Vorschriften, welche, entsprechend der Eigenart der betreffenden Angelegenheiten, ein von dem regelmäßigen sich abhebendes besonderes Verfahren vorsehen.

§ 30. Erbauseinandersetzung. 1. Die Auseinandersetzung unter Miterben ist vielfach durch besondere Verhältnisse behindert oder erschwert dergestalt, daß ein nicht auf die Formen der streitigen Gerichtsbarkeit beschränktes behördliches Eingreifen im Interesse der Beteiligten geboten erscheint. Diesem Zwecke dient das besondere, dem früheren rheinpreußischen und elsaß-lothringischen Recht nachgebildete Auseinandersetzungsverfahren (§§ 86—98 FGG.), dessen Wesen darin besteht, daß das — zur Entscheidung von Streitigkeiten nicht berufene — Gericht (oder nach Landesrecht der Notar: oben § 5 Ziff. 2 b) die Auseinandersetzung unter den Miterben vermittelt, beurkundet und bestätigt. Das Verfahren gelangt zum Ziel nur, wenn alle Beteiligten zustimmen; die Erreichung dieses Ziels wird aber gefördert durch die gegen Nichterschienene vorgesehenen Versäumnisfolgen.

2. Das Verfahren findet nur auf Antrag statt (vgl. jedoch § 192 FGG.). Das Gericht lädt den Antragsteller und die übrigen Beteiligten (nicht durch öffentliche Zustellung!) zu einem Verhandlungstermin; zu weiteren Terminen bedarf es keiner Ladung. In den Terminen werden soweit erforderlich vorbereitende Maßregeln und darnach die Auseinandersetzung selbst auf Grund eines von dem Gericht zu fertigenden Plans vereinbart. Nichterschienene werden von dem Ergebnis benachrichtigt; sie gelten, wenn auf diese Folge hingewiesen, als zustimmend, wenn sie nicht innerhalb bestimmter Frist die Anberaumung eines neuen Termins beantragen oder wenn sie in dem neuen, zur Fortsetzung der Verhandlung bestimmten Termin nicht erscheinen, beides vorbehaltlich der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei unverschuldeter Verhinderung an der Antragstellung oder am Erscheinen. Die Verhandlungen werden von dem Gericht beurkundet und, sobald das Einverständnis aller Beteiligten vorhanden ist oder als vorhanden gilt, bestätigt. Die Bestätigung darf nur versagt werden, wenn bezüglich eines nicht erschienenen Beteiligten die Vorschriften über das Verfahren nicht beobachtet sind; nur aus letzterem Grunde findet auch gegen den Bestätigungsbeschluß die sofortige Beschwerde statt. Eine rechtskräftig bestätigte Vereinbarung (Auseinandersetzung) ist für alle Beteiligten gleich einer vertragsmäßigen verbindlich. Auch findet aus derselben die Zwangsvollstreckung nach der ZPO. statt. Soweit sich Streitpunkte ergeben, wird das Verfahren bis zu deren Erledigung ausgesetzt; bezüglich unstreitiger Punkte ist dasselbe soweit ausführbar fortzuführen.

3. Die gleichen Vorschriften gelten nach § 99 FGG. für die dem Nachlaßgericht oder dem dort bezeichneten Amtsgericht zukommende Vermittlung der Auseinandersetzung in Ansehung des Gesamtguts einer ehelichen oder fortgesetzten Gütergemeinschaft.

§ 31. Das Schiffspfandrecht. 1. Die Führung der Schiffsregister (oben § 5 Ziff. 1 a und Ziff. 2 d) in bezug auf Schiffspfandrechte (§§ 1259 f. BGB.) ist im FGG. (§§ 100—124), gleichwie diejenige des Grundbuchs in der GBO., nach der formellen Seite, und zwar im engsten Anschlusse an die — teilweise wörtlich wiedergegebene oder in Bezug genommene — GBO. geregelt.

2. Danach geschieht die Eintragung des Schiffspfandrechts nur auf Antrag oder behördliches Ersuchen. Sie setzt in der Regel die Bewilligung desjenigen, dessen Recht von ihr be-

troffen wird, voraus, und sie soll nur erfolgen, wenn dieser als der Berechtigte eingetragen ist. Von Amts wegen wird ein Widerspruch eingetragen, wenn durch eine gesetzwidrig erfolgte Eintragung das Register unrichtig geworden ist, und diese selbst ist zu löschen, wenn sie ihrem Inhalte nach unzulässig ist. Die Eintragung wird auf dem Schiffszertifikat (Schiffsbrief) vermerkt; eine besondere Urkunde, entsprechend dem Hypothekenbrief, wird nicht ausgestellt.

§ 32. Die Registerführung. 1. Die reichsgesetzlich den Amtsgerichten übertragene Führung öffentlicher Register (oben § 5 Ziff. 1 a) ist reichsrechtlich nur teilweise geregelt (vgl. die oben in § 3 Ziff. 1 c bezeichneten Gesetze und Verordnungen); die näheren Bestimmungen, namentlich auch über Einrichtung und Führung des Handelsregisters, sind den Landesregierungen überlassen.

2. Betreffs der Ordnungsstrafen, womit das zur Führung der Handels-, Genossenschafts- und Vereinsregister berufene Gericht die Beteiligten zur Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen anzuhalten hat, ist ein besonderes Ordnungsstrafverfahren vorgesehen (§§ 132 bis 139, 159 FGG.; 160 Abs. 2 GenGes.). Das Gericht erläßt an den Beteiligten unter Strafandrohung die Auflage, innerhalb bestimmter Frist der Verpflichtung nachzukommen oder die Unterlassung durch Einspruch zu rechtfertigen. Geschieht keines von beiden, so wird die angedrohte Strafe festgesetzt und zugleich die Auflage wiederholt, dies so lange, bis der Verpflichtung genügt oder Einspruch erhoben ist. Auf erhobenen Einspruch wird der Beteiligte, wenn die Verfügung nicht als unbegründet sofort aufgehoben wird, zu einem Termin geladen und in diesem entweder die Strafandrohung (nach Umständen selbst eine zuvor erkannte, schon rechtskräftige Strafe: § 136), wenn der Einspruch (im Fall des Nichterscheinens: nach Aktenlage) begründet erscheint, aufgehoben oder der Einspruch verworfen, erneute Strafandrohung erlassen und zugleich nach den Umständen die angedrohte oder eine geringere Strafe festgesetzt oder von letzterer auch ganz abgesehen. Gegen die Straffestsetzung wie gegen Verwerfung des Einspruchs findet sofortige Beschwerde statt. Soll durch die Ordnungsstrafe nicht eine Handlung, sondern eine Unterlassung (der Nichtgebrauch einer Firma: § 37 HGB.) erzwungen werden, so geht die Auflage dahin, sich des Gebrauchs der Firma zu enthalten oder deren Gebrauch binnen bestimmter Frist durch Einspruch zu rechtfertigen, und wird die angedrohte Strafe, wenn Einspruch nicht erhoben oder der erhobene verworfen ist, erst festgesetzt, wenn das Gericht von einer nach Zustellung des Verbots erfolgten Zuwiderhandlung glaubhafte Kenntnis erlangt (§ 140 FGG.).

3. Die Löschung von Amts wegen seitens des Registergerichts ist vorgesehen:

a) bei erloschenen Firmen, wenn die Anmeldung des Erlöschens durch Ordnungsstrafe nicht erzwungen werden kann (§ 31 Abs. 2 HGB.);

b) bei Eintragungen in das Handels-, Genossenschafts-, Vereins- und Güterrechtsregister, die wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig waren (§§ 142, 147, 159, 161 FGG.), vorbehaltlich jedoch der Bestimmungen unter c;

c) bei eingetragenen Aktiengesellschaften, Aktienkommanditgesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften nur, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Nichtigkeitsklage vorliegen, bei eingetragenen Versammlungsbeschlüssen der genannten Vereinigungen, wenn sie durch ihren Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzen und wenn zugleich ihre Beseitigung im öffentlichen Interesse geboten erscheint (§§ 144, 147 FGG.).

Für diese Fälle (a—c) ist ein besonderes Offiziallöschungsverfahren vorgeschrieben: das Gericht (Amtsgericht, in den Fällen b und c daneben auch das vorgeordnete Landgericht: vgl. oben § 6 Ziff. 2 b) benachrichtigt die Beteiligten von der beabsichtigten Löschung unter Setzung einer Widerspruchsfrist; es entscheidet über Widerspruch vorbehaltlich der sofortigen Beschwerde; nur wenn Widerspruch nicht erhoben oder rechtskräftig zurückgewiesen ist, verfügt es die Löschung. §§ 143, 144, 147, 159, 161 FGG.

§ 33. Die Dispache. Zum Zwecke der gerichtlichen Feststellung der Dispache (Verteilung der Havereischäden auf Schiff, Ladung und — bei der Seeschiffahrt — Fracht)

ist in §§ 153—158 FGG. ein besonderes, der Erbteilungsvermittelung (oben § 30) und dem Verteilungsverfahren der ZPO. (§§ 872—882) verwandtes Verfahren vorgesehen, das auf Verständigung der Beteiligten und auf Bestätigung der Dispache mit der Wirkung der Vollstreckbarkeit abzielt und auf alle Fälle zur schleunigen Erledigung dient.

2. Das Verfahren wird auf Antrag eines Beteiligten von dem Amtsgericht des Verteilungsortes (§ 727 HGB.; § 86 BSchG.) eingeleitet. Dieses zieht die vom Dispacheur (dem ein für allemal oder gerichtlich für den Einzelfall bestellten Sachverständigen) aufgemachte Dispache und deren Unterlagen ein und lädt, wenn es nicht den Antrag wegen offensichtlichen Mangels der Voraussetzungen der großen Haverei ablehnt, die Beteiligten zu einem Termin. Ergibt sich hierbei Einverständnis über die Art der Verteilung, so wird die — nötigenfalls zuvor berichtigte — Dispache bestätigt. Nichterschienene werden, wenn sie nicht vorher Widerspruch angemeldet haben, als zustimmend angesehen, ohne daß hiergegen Wiedereinsetzung vorgesehen ist. Ein Widerspruch, der sich nicht durch Einigung der Beteiligten erledigt, muß in Monatsfrist, die auf Antrag aus erheblichen Gründen verlängert werden kann, durch Klage gegen die hiervon betroffenen Beteiligten verfolgt werden; wird die rechtzeitige Klageerhebung nicht nachgewiesen, so erfolgt die Bestätigung ohne Rücksicht auf den Widerspruch. Gegen die Entscheidung über die Bestätigung findet sofortige Beschwerde, jedoch nicht aus Gründen, die durch — versäumten — Widerspruch geltend zu machen waren, aus der rechtskräftig bestätigten Dispache findet Zwangsvollstreckung nach der ZPO. statt.

§ 34. Die gerichtlichen und notariellen Urkunden. 1. Sachliche Zuständigkeit.

a) Soweit die Gesetze öffentliche Urkunden vorschreiben, bestimmt sich die Zuständigkeit hierfür nach Landesrecht; beruft dieses zur Beurkundung von Rechtsgeschäften die Gerichte, so sind reichsrechtlich als dazu sachlich zuständig die Amtsgerichte bezeichnet (§ 167 Abs. 1 FGG.). Nur für bestimmte öffentliche Urkunden — diejenigen über Vaterschaftsanerkennung nach §§ 1718, 1720 BGB. — ist die Zuständigkeit von vornherein, vorbehaltlich der Erweiterung durch Landesrecht (§ 191 Abs. 1 FGG.) reichsgesetzlich geordnet (§ 167 Abs. 2 Satz 2 FGG.: Amtsgerichte, Notare und unter gewissen Voraussetzungen Standesbeamte).

b) Soweit das BGB. die gerichtliche oder notarielle (nicht allgemein: die öffentliche) Beurkundung von Rechtsgeschäften vorschreibt, kann die Landesgesetzgebung hierzu Gerichte und Notare („Zweiamtordnung": so in Preußen, Sachsen, Württemberg, Mecklenburg, Hessen u. a.) oder aber nach Art. 141 EG. z. BGB. ausschließend nur die Gerichte oder nur die Notare („Einamtordnung") berufen (grundsätzlich nur die Notare sind, vorbehaltlich gewisser Einschränkungen, berufen in Bayern, Baden, Elsaß-Lothringen). Soweit danach die Beurkundung den Gerichten zukommt, sind reichsrechtlich als hierfür sachlich zuständig die Amtsgerichte bezeichnet (§ 167 Abs. 1 FGG.). Das Gesagte ist in gleicher Weise für die in anderen Reichsgesetzen als dem BGB. erforderte gerichtliche oder notarielle Beurkundung von Rechtsgeschäften oder (vorbehaltlich der Bestimmungen unter c) von sonstigen tatsächlichen Vorgängen als zutreffend anzunehmen.

c) Für die (gesetzlich erforderte oder sonst von den Parteien beantragte) öffentliche Beglaubigung von Unterschriften sind nach Reichsrecht (§ 167 Abs. 2 Satz 1 FGG.) die Amtsgerichte und Notare zuständig. Durch Landesgesetz kann die Zuständigkeit der ersteren, nicht auch der Notare, ausgeschlossen und können außer beiden andere Behörden und Beamte für die Unterschriftsbeglaubigung als zuständig erklärt werden (§ 191 FGG.), was vielfach insbesondere in Bezug auf Gemeindebehörden (Ortsvorsteher, Ortsgerichtsvorsteher, Bürgermeister) geschehen ist.

2. Verfahren.

a) Ob die allgemeinen Vorschriften im ersten Abschnitt des FGG. auf die im zehnten Abschnitt behandelten gerichtlichen Urkunden über Rechtsgeschäfte Anwendung finden, ist bestritten; die Denkschrift S. 85 (Hahn-Mugdan VII, S. 80) verneint, die Begr. S. 3 zum Entwurf des preuß. FG. bejaht die Frage. Die Entscheidung hängt davon ab, ob die Aufnahme der bezeichneten Urkunden als durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen anzusehen ist (§ 1 FGG.). Die Verneinung verdient den Vorzug; sie ent-

spricht der Entstehungsgeschichte und dem daraus zu entnehmenden Willen des Gesetzes; von einer Übertragung durch Reichsgesetz kann insbesondere bei gerichtlichen Urkunden über formfreie Rechtsgeschäfte, auf die sich der zehnte Abschnitt mitbezieht, nicht wohl die Rede sein; die Verneinung vermeidet auch, daß gerichtliche und notarielle Verfügungen gleichen Inhalts verschiedenartiger Behandlung (insbesondere hinsichtlich des Beschwerderechts) unterliegen; freilich hat sie anderseits zur Folge, daß die in § 28 FGG. vorgesehene Zuständigkeit des Reichsgerichts (oben § 28 Ziff. 2) ausgeschlossen ist. Vgl. hierzu die RGE. vom 28. 4. 04 (57, 396) und 28. 4. 04 (58, 94).

b) Das Verfahren bei Aufnahme gerichtlicher und notarieller Urkunden über *Rechtsgeschäfte* ist in §§ 168—182 FGG. (für Testament und Erbvertrag in den damit zumeist übereinstimmenden §§ 2232—2246, 2276 BGB.) geregelt. Das Gesetz unterscheidet hierbei die *mitwirkenden Personen* (Richter oder Notar, Gerichtsschreiber, zweiter Notar, Urkundzeugen, Dolmetscher) und die *Beteiligten*. Über den Begriff letzterer vgl. oben § 17 Ziff. 1 a; bei Beurkundung von Versteigerungen insbesondere gelten Bieter, die nicht an ihr Gebot gebunden bleiben, nicht als Beteiligte (§ 181 FGG.). Die Beurkundung erfolgt durch Aufnahme eines Protokolls in deutscher Sprache (vgl. oben § 13 Ziff. 2 b), das Ort und Tag der Verhandlung, die Bezeichnung der Beteiligten und der Mitwirkenden und die Erklärung der Beteiligten enthalten und das unter steter Gegenwart der Mitwirkenden vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und von ihnen und den Mitwirkenden unterschrieben werden muß; daß dies geschehen, muß im Protokoll festgestellt werden. Verletzung dieser Vorschriften hat Nichtigkeit der Beurkundung zur Folge. Dagegen ist ein Vermerk über Feststellung der Persönlichkeit (Identität) der Beteiligten nur instruktionell vorgeschrieben; sein Mangel ist auf die Gültigkeit und Beweiskraft der Urkunde, auch hinsichtlich der — schon in der Bezeichnung der erschienenen Beteiligten bezeugten — Identität, ohne Einfluß (so auch *Weißler* in D. Not. V. 1901 S. 376, 1902 S. 216 und neuerdings das KG. 4. 5. 08 (RJA. 9, 224, KGJ. 36 A 151), a. M. früher das KG. und *Werner* D. Not. V. 1901 S. 369, 472, *Jastrow* S. 464).

c) Das Verfahren bei gerichtlichen und notariellen Urkunden über *andere Gegenstände als Rechtsgeschäfte* ist der Regelung durch die Landesgesetze überlassen, die regelmäßig die Protokollform vorschreiben, jedoch bei einfachen Urkunden (Abschriftsbeglaubigung, Lebensbescheinigung, Sicherstellung des Datums von Privaturkunden u. dgl.) hiervon absehen. Für bestimmte Einzelfälle ist das Verfahren reichsgesetzlich geregelt: so für Wechselproteste in Art. 87—90 WO., für Scheckproteste in § 16 des Scheckgesetzes vom 11. März 1908, für Urkunden über Generalversammlungs- und Gläubigerbeschlüsse in §§ 259, 320 HGB. und § 9 des Gesetzes vom 4. Dezember 1899, für die Unterschrifts- und Handzeichenbeglaubigung in § 183 FGG. Bei der letzteren genügt darnach ein unter die Unterschrift (das Handzeichen) zu setzender Vermerk, welcher die Bezeichnung desjenigen, der die Unterschrift vollzogen oder anerkannt hat, und den Ort und Tag der Ausstellung angibt, sowie mit Unterschrift des Richters (Notars) und mit Siegel oder Stempel versehen ist.

Siebentes Kapitel. Das Grundbuchverfahren.

§ 35. Antrag und Ersuchen.

1. Für die Eintragungen ins Grundbuch, bei denen das Privatinteresse der Beteiligten im Vordergrund steht (vgl. oben § 20, 1), gilt als Regel das *Antragsprinzip*: Keine Eintragung ohne Antrag (§ 13 GBO.). Diese Bestimmung ist aber nur eine Ordnungsvorschrift („soll"); durch das Fehlen eines Antrags wird die einmal vollzogene Eintragung nicht etwa ungültig, das Grundbuch nicht unrichtig.

2. Der Antrag ist eine Verfahrenshandlung. Seinen Inhalt bildet das Verlangen, daß die Eintragung vorgenommen werde. Dieses Begehren darf nicht an einen Vorbehalt geknüpft sein; andernfalls soll ihm nicht stattgegeben werden. Zulässig ist aber die Bestimmung, daß von mehreren gleichzeitig beantragten Eintragungen die eine nicht ohne die andere erfolgen soll (§ 16 GBO.).

Den *Wortlaut* der begehrten Eintragung festzulegen ist nicht Sache des Antrags, sondern ausschließlich dem Grundbuchamt überlassen.

Der Antrag muß sich mit der seine Grundlage bildenden Bewilligung inhaltlich decken. Er darf jedenfalls nichts anderes und nicht mehr begehren, als die Bewilligung besagt; die Streitfrage, ob er auf weniger als diese gehen kann, ist zu bejahen (so auch § 320, 2 der badischen Grundbuchdienstweisung).

3. Soll durch den Antrag zugleich eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung (namentlich die Eintragungsbewilligung, Abtretungserklärung oder Zustimmung des Dritten, vgl. unten § 36) ersetzt werden, so muß er der für diese Erklärungen vorgeschriebenen Form (§ 29 Satz 1 GBO., vgl. unten § 36 Ziff. 6) genügen. Der reine Eintragungsantrag aber ist formfrei (§ 30 GBO.). Es genügt also einfache Schriftform; auch kann — wo das Grundbuchamt ein Gericht ist — der Antrag zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden. Unterzeichnung des schriftlichen Antrags wird regelmäßig erforderlich, eine mechanisch (durch Stempel, Druck oder Schreibmaschine) hergestellte Unterschrift aber zuzulassen sein, sofern sich nur das Grundbuchamt auf irgendeine Weise die Gewißheit verschafft, daß der Antrag echt und ernst gemeint ist (bestritten).

Entsprechendes gilt für die Vollmacht zur Antragstellung. Darunter ist aber nur die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht (§ 166 Abs. 2 BGB.) zu verstehen; die Befugnis gesetzlicher Vertreter oder der Organe juristischer Personen ist gemäß § 29 Satz 2 GBO. durch öffentliche Urkunden nachzuweisen. Ist die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung von einem Notar beurkundet oder beglaubigt, so gilt dieser als ermächtigt, im Namen eines Antragsberechtigten die Eintragung zu beantragen (§ 15 GBO.).

4. Antragsberechtigt ist jeder, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird (der Passivbeteiligte) oder zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll (der Aktivbeteiligte). (§ 13 Abs. 2 GBO.) „Betroffen" wird je nach Verschiedenheit der Fälle der wirklich Berechtigte oder (wie bei Berichtigungsanträgen) der buchmäßig Berechtigte. Auch nur mittelbar Beteiligte z. B. nachstehende Berechtigte können antragsberechtigt sein (so die Denkschrift unter Bezugnahme auf § 894 BGB.; die Frage ist sehr bestritten, vgl. Fuchs-Arnheim S. 172—174). Wegen des Antragsrechts des Vollstreckungsgläubigers nach § 14 GBO. vgl. unten § 39 Ziff. 3.

Von mehreren Antragsberechtigten kann jeder selbständig mit Wirkung für alle den Antrag stellen.

5. Die Zurücknahme des Antrags und der Widerruf der zur Antragstellung erteilten Vollmacht ist so lange zulässig, bis die Eintragung erfolgt oder die Zurückweisung des Antrags vollzogen ist. Diese Erklärungen sind in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde oder zu Protokoll des Grundbuchamts abzugeben (§ 32 GBO.); doch ist dies bloß eine Ordnungsvorschrift.

6. Das Antragsprinzip des § 13 GBO. gilt nur, „soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt." In folgenden Ausnahmefällen finden Eintragungen von Amts wegen statt:

a) Die erste Anlegung des Grundbuchs gemäß § 2 GBO. und den landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen geschieht im Amtsbetrieb.

b) Für ein bisher auf einem gemeinsamen Grundbuchblatt gebuchtes Grundstück und für einen gesondert zu belastenden Grundstücksteil kann bei Besorgnis der Verwirrung ein neues Blatt von Amts wegen angelegt werden (§§ 4, 6 GBO.).

c) Für ein Erbbaurecht ist von Amts wegen ein besonderes Blatt anzulegen, wenn es veräußert oder belastet werden soll (§ 7 GBO.).

d) Der auf dem Blatt eines Grundstücks eingetragene Vermerk über die dessen jeweiligem Eigentümer zustehenden Rechte ist von Amts wegen zu berichtigen, wenn die Rechte geändert oder aufgehoben werden (§ 8 GBO.).

e) In den Fällen der §§ 18, 23, 54, 76 GBO. (vgl. unten § 38 Ziff. 7, § 36 Ziff. 9 c, § 39 Ziff. 4, oben § 27 Ziff. 7) ist von Amts wegen eine Vormerkung oder ein Widerspruch einzutragen oder zu löschen.

f) Die Mitbelastung mehrerer Grundstücke mit einem Rechte — mag sie von vornherein stattfinden oder erst nachträglich eintreten — sowie das Erlöschen der Mitbelastung sind von Amts wegen auf dem Blatte jedes Grundstücks erkennbar zu machen (§ 49 GBO.).

g) Bei der Eintragung eines Vorerben ist von Amts wegen zugleich das Recht des Nacherben und, soweit der Vorerbe von Verfügungsbeschränkungen befreit ist, diese Befreiung einzutragen (§ 52 GBO.). Das Vorhandensein des Nacherben wird sich regelmäßig aus dem für die Eintragung des Vorerben beizubringenden Erbschein oder öffentlichen Testament ergeben; soweit dies nicht zutrifft, ist das Grundbuchamt zu Ermittlungen von Amts wegen nicht berufen.

h) Ist ein Testamentsvollstrecker ernannt, so ist dies bei der Eintragung des Erben von Amts wegen mit einzutragen, es sei denn, daß der Nachlaßgegenstand der Verwaltung des Testamentsvollstreckers nicht unterliegt (§ 53 GBO.).

7. Eine weitere Durchbrechung des Antragsprinzips ist die Möglichkeit einer Eintragung auf Grund des Ersuchens einer Behörde, die nach reichs- oder landesgesetzlicher Vorschrift hierzu für zuständig erklärt ist (§ 39 GBO.). Dieses Ersuchen ersetzt nicht nur als Verfahrenshandlung den Antrag, sondern auch die Eintragungsbewilligung und die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen Dritter, nicht aber die übrigen allgemeinen Voraussetzungen der Eintragung. Die Form des Ersuchens bestimmt das Landesrecht. Das Grundbuchamt hat die gesetzliche Zulässigkeit der begehrten Eintragung sowie die Zuständigkeit der Behörde zur Stellung des Ersuchens, nicht aber die Frage zu prüfen, ob sie innerhalb der Grenzen ihrer Machtbefugnisse gesetzmäßig gehandelt hat. Zuständige Behörden sind nach Reichsrecht insbesondere die Gerichte (Prozeß-, Vollstreckungs-, Konkurs-, Vormundschafts-, Nachlaßgericht), nach Landesrecht eine Reihe von Verwaltungsbehörden.

§ 36. Eintragungsbewilligung. 1. Die regelmäßige Unterlage des Eintragungsantrags ist die Eintragungsbewilligung desjenigen, „dessen Recht von ihr betroffen wird" (19 GBO.). Das BGB. — § 873 — fordert zum Eintritt der dinglichen Rechtsänderung neben der Eintragung zum Grundbuch die Einigung des Rechtsgebers und Rechtsnehmers (dinglicher Vertrag) — „materielles Konsensprinzip". Die GBO. aber macht zur Erleichterung des Grundbuchverkehrs die Eintragung der Rechtsänderung nicht vom Nachweis dieser Einigung abhängig. Als Regel gilt vielmehr, daß hierzu die einseitige Bewilligung des Betroffenen erforderlich und genügend ist — „formelles Konsensprinzip".

2. Eine Ausnahme von letzterem Prinzip findet im Falle der Auflassung sowie der Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechts statt. Für diese dinglichen Verträge stellt das BGB. — §§ 925, 1015 — besondere Formvorschriften auf: Sie müssen zur Vermeidung der Nichtigkeit bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien vor dem Grundbuchamt oder der landesgesetzlich (gemäß Art. 143 EG. z. BGB.) sonst zur Beurkundung berufenen Behörde oder Amtsperson erklärt werden. Um die Beobachtung dieser Formen zu sichern, darf nach § 20 GBO. in den genannten Fällen die Eintragung nur geschehen, wenn die Einigung erklärt ist. Neben dieser Einigung ist eine besondere Eintragungsbewilligung nicht mehr erforderlich (bestritten).

Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, daß das Grundbuchamt die Auflassungserklärung nur entgegennehmen soll, wenn die Urkunde über den obligatorischen Vertrag nach § 313 BGB. vorgelegt wird (§ 98 GBO. — Dies ist u. a. in Bayern, Württemberg, Baden und Elsaß-Lothringen vorgeschrieben).

3. „Betroffen" ist von der Eintragung derjenige, gegen dessen wirkliches oder buchmäßiges Recht sie sich richtet, was im Einzelfall nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu prüfen ist. Werden die Rechte mehrerer Personen durch die Eintragung berührt, so ist die Bewilligung aller erforderlich.

Zur Löschung einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld bedarf es — im Hinblick auf die Eigentümerhypothek — stets der Zustimmung des Eigentümers, zur Löschung eines Rechts, mit dem eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld belastet ist, der Zustimmung des Hypotheken- oder Grundschuldgläubigers (§ 27 GBO.). Steht das durch die Eintragung betroffene Recht dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zu, so ist zur Aufhebung des Rechts nach § 876 BGB. die Zustimmung der Realberechtigten dieses Grundstücks, zur Löschung dieses Rechts im Grundbuch aber die Bewilligung dieser Berechtigten nur dann erforderlich, wenn das Recht — was nach § 8 GBO. auf Antrag zu geschehen hat — auf dem Blatte des Grundstücks vermerkt ist (§ 21 GBO.).

4. Die Bewilligung ist von dem buchmäßigen Inhaber des betroffenen Rechts zu erteilen: Eine Eintragung soll (also Ordnungsvorschrift!) nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist (§ 40 Abs. 1 GBO.). Ist eine Rechtsnachfolge nicht grundbuchmäßig geworden, so ist also vor der Bewilligungserklärung des Rechtsinhabers zunächst dessen Eintragung notwendig. Hiervon gibt es zwei Ausnahmen:

a) Bei einer Briefhypothek, -Grundschuld oder -Rentenschuld macht der Besitz des Briefes die vorgängige Eintragung des Gläubigers entbehrlich, sofern sein Recht durch eine zusammenhängende, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen nachgewiesen wird (§ 40 Abs. 2 GBO).

b) Der durch öffentliche Urkunden ausgewiesene Erbe eines eingetragenen Berechtigten kann ohne vorherige Eintragung die Übertragung oder Aufhebung des ererbten Rechts bewilligen. Seine Eintragung ist auch entbehrlich, wenn bereits der Erblasser, Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter oder Testamentsvollstrecker die Bewilligung erteilt hat oder diese Bewilligung durch einen ihnen gegenüber vollstreckbaren Titel (vgl. unten Ziff. 8a) ersetzt ist (§ 41 GBO.).

5. Bezüglich des Inhalts der Bewilligung (oder des Eintragungsantrags, soweit daneben eine Bewilligung nicht notwendig ist) ist nur bestimmt (§ 28 GBO.), daß sie das Grundstück übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweisung auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen und einzutragende Geldbeträge in Reichswährung anzugeben hat. (Die Eintragungsfähigkeit der sog. Goldklausel ist bestritten, wird aber überwiegend, auch vom Reichsgericht — Entsch. Bd. 50 S. 145 — bejaht). Im übrigen muß die Bewilligung so bestimmt und unzweideutig gefaßt sein, daß die Eintragung daraufhin, wenn sonst kein Anstand vorliegt, ohne weiteres erfolgen kann.

6. Als Form der Eintragungsbewilligung (und der sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen, z. B. Abtretungserklärung, Zustimmung Dritter) ist die Erklärung zu Protokoll des Grundbuchamts oder in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde vorgeschrieben (§ 29 Satz 1 GBO. — Ordnungsvorschrift!).

7. Die Eintragungsbewilligung kann, sobald sie beim Grundbuchamt eingegangen ist, nicht mehr widerrufen werden.

8. Die Bewilligung wird ersetzt

a) durch rechtskräftige Verurteilung zur Bewilligung gemäß § 894 ZPO. Ist das Urteil vorläufig vollstreckbar, so gilt die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs als bewilligt (§ 895 a. a. O.). Bei der Eintragung einer Zwangshypothek (§§ 866 ff. ZPO.) wird die Bewilligung des Schuldners durch die Vorlegung des Vollstreckungstitels seitens des Gläubigers ersetzt.

b) Soll die Übertragung oder Belastung einer Briefhypothek, -Grundschuld oder -Rentenschuld eingetragen werden, so wird die Eintragungsbewilligung ersetzt durch eine Erklärung des bisherigen Gläubigers, daß er die Forderung an den Dritten abtrete oder zu dessen Gunsten belaste. Entsprechendes gilt für die Übertragung oder Belastung einer Forderung, für die ein eingetragenes Recht als Pfand haftet (§ 26 GBO.). Einer Abtretungserklärung steht ein gerichtlicher Überweisungsbeschluß oder das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Forderungsübertragung gleich (§ 1155 BGB.).

c) Schließlich kann die Bewilligung durch ein Unschädlichkeitszeugnis ersetzt werden. Auf Grund der Ermächtigung des Art. 120 EG. z. BGB. ist nämlich zur Erleichterung des Grundstücksverkehrs vielfach landesgesetzlich bestimmt, daß ein veräußerter Grundstücksteil von den Belastungen des Grundstücks befreit wird lediglich auf Grund einer Feststellung der zuständigen Behörde, daß die Rechtsänderung für den Berechtigten unschädlich ist, ohne daß also zur Löschung der Last dessen Bewilligung erforderlich wäre. Auf Grund der gleichen reichsgesetzlichen Ermächtigung ist auch zum Teil bei Aufhebung eines dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks an einem anderen Grundstück zustehenden Rechtes ein entsprechendes Unschädlichkeitsverfahren eingeführt.

9. Die Eintragungsbewilligung ist in folgenden Fällen entbehrlich:

a) bei Eintragungen auf Ersuchen von Behörden (§ 39 GBO., oben § 35 Ziff. 7),

b) zur Berichtigung des Grundbuches bei nachgewiesener Unrichtigkeit (§ 22 GBO.), vgl. unten § 39 Ziff. 2;

c) zur Löschung eines zeitlich beschränkten, nämlich eines solchen Rechts, das auf die Lebenszeit des Berechtigten begrenzt ist oder mit der Erreichung eines bestimmten Lebensalters oder dem Eintritt eines sonstigen bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses erlischt, bedarf es der Bewilligung des Berechtigten oder seines Rechtsnachfolgers nicht, wenn Rückstände von Leistungen nach der Natur des Rechtes ausgeschlossen sind oder wenn seit dem maßgebenden Zeitpunkt oder Ereignis ein Jahr ohne (von Amts wegen einzutragenden) Widerspruch des Berechtigten oder seines Rechtsnachfolgers gegen die Löschung verstrichen oder wenn endlich im Grundbuch eingetragen ist, daß zur Löschung der Nachweis des Todes, Ereignisses usw. genügen solle (§§ 23, 24 GBO.).

d) Bei Vormerkungen und Widersprüchen, die auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder eines vorläufig vollstreckbaren Urteils eingetragen werden, bedarf es zur Löschung einer Bewilligung des Berechtigten nicht, wenn die einstweilige Verfügung oder die Vollstreckbarkeit des Urteils durch eine anderweitige vollstreckbare Entscheidung aufgehoben ist (§ 25 GBO.).

§ 37. Andere Voraussetzungen der Eintragung. 1. Die Grundbuchordnung unterscheidet zwischen den zu der Eintragung erforderlichen „Erklärungen" und den „anderen Voraussetzungen der Eintragung". Während zum Nachweis der ersteren öffentlich beglaubigte Privaturkunden genügen, müssen die letzteren durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden, soweit sie nicht offenkundig im Sinne des § 291 ZPO. sind (§ 29 GBO.). Zu diesen „anderen Voraussetzungen" gehören die verschiedenartigsten Tatbestände, beispielsweise die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, die Ereignisse, welche das Erlöschen zeitlich beschränkter Rechte bewirken.

2. Bei verschiedenen wichtigeren Tatsachen sind die zu ihrem Nachweis beizubringenden Urkunden ausdrücklich vorgeschrieben:

a) durch ein Zeugnis des Registergerichts wird die Vertretungsbefugnis für eine Handelsgesellschaft, Genossenschaft oder einen eingetragenen Verein dargetan (§ 33 GBO., § 10 GenG., § 69 BGB.);

b) durch ein gerichtliches Zeugnis über den Eintrag im Güterrechtsregister wird das Bestehen einer Gütertrennung oder eines vertragsmäßigen Güterstandes sowie die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zum Vorbehaltsgut nachgewiesen (§ 34 GBO.). (Im Fall a und b genügt, falls das Grundbuchamt zugleich Registergericht ist, Bezugnahme auf das Register);

c) der Nachweis der Erbfolge kann nur durch einen Erbschein oder — falls dem Grundbuchamt dies genügt — durch die in einer öffentlichen Urkunde enthaltene Verfügung von Todeswegen nebst dem Eröffnungsprotokoll geführt werden (§ 36 Abs. 1 GBO.);

d) das Bestehen der fortgesetzten Gütergemeinschaft und der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers wird durch nachlaßgerichtliche Zeugnisse gemäß §§ 1507, 2368 BGB. nachgewiesen; zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers genügt auch — mit der gleichen Maßgabe wie beim Erben — eine Verfügung von Todeswegen (§ 36 Abs. 2 GBO.);

e) ist bei einer Erbauseinandersetzung eine zum Nachlaß gehörige Hypothek, Grund- oder Rentenschuld einem der Erben überwiesen, so genügt zum Nachweis der Erbfolge und der Eintragungsbewilligung der Miterben ein Zeugnis des Nachlaßgerichts (§ 37 GBO.). Entsprechende Beweiskraft hat eine Bescheinigung des Teilungsgerichts, daß ein zum Gesamtgut einer ehelichen oder fortgesetzten Gütergemeinschaft gehöriges Grundstückspfandrecht auf einen Beteiligten übertragen worden ist (§ 38 GBO.).

§ 38. Die Entscheidung. 1. Für die geschäftliche Behandlung des Eintragungsantrags durch das Grundbuchamt gilt folgendes:

a) Da der Zeitpunkt der Antragstellung nicht nur materiellrechtlich (§§ 878, 892 BGB.) von Bedeutung, sondern auch für die Reihenfolge der Erledigung mehrerer Anträge und damit

für den Rang der Rechte (vgl. unten Ziff. 4) maßgebend ist, soll auf dem Antrag die Zeit seines Einlaufs genau (auf die Minute) vermerkt werden (13 Abs. 1 Satz 2 GBO.).

b) Um bei Briefhypotheken die durch die Verkehrssicherheit gebotene Übereinstimmung von Brief und Grundbuch zu erreichen, soll eine Eintragung nur geschehen, wenn der Brief vorgelegt wird. Für die Eintragung eines durch einstweilige Verfügung angeordneten Widerspruchs bedarf es unter bestimmten Voraussetzungen dieser Vorlage nicht. Ist durch Ausschlußurteil der Brief für kraftlos erklärt oder der unbekannte Gläubiger ausgeschlossen, so wird die Briefvorlage ersetzt durch den Antrag auf Erteilung eines neuen Briefes auf Grund des Urteils (§ 42 GBO.). Entsprechendes gilt für die Grund- und Rentenschuld; bei der Inhabergrundschuld genügt die Bewilligung des Treuhänders (§ 43 GBO.). Bei der Sicherungshypothek, die für die Forderung aus einem Inhaber- oder Orderpapier eingetragen ist, soll eine Eintragung nur bei Vorlage der Urkunde oder Bewilligung des Treuhänders erfolgen (§ 44 GBO.).

2. Das Grundbuchamt hat vor seiner Entscheidung neben den formalen Voraussetzungen der Eintragung namentlich auch die rechtliche Zulässigkeit der begehrten Eintragung zu prüfen. Der Kreis der vom bürgerlichen Recht zugelassenen dinglichen Rechte ist fest begrenzt; andere als die hiernach zulässigen Rechte dürfen nicht eingetragen werden. Der Klarheit und Übersichtlichkeit des Grundbuchs halber haben auch alle nicht erforderlichen Eintragungen und in diesen alle überflüssigen Angaben zu unterbleiben.

3. Besteht hiernach gegen den Antrag kein Bedenken, so wird die Eintragung vom Grundbuchamt zunächst unter Festlegung ihres Wortlauts verfügt und demnächst durch Einschreibung bewirkt.

4. Werden mehrere Eintragungen beantragt, durch welche dasselbe Recht betroffen wird, so darf die später beantragte Eintragung nicht vor Erledigung des früher gestellten (d. i. beim Grundbuchamt eingegangenen) Antrags erfolgen (§ 17 GBO.). Die Einreichung des Antrags sichert also bereits in gewissem Sinne einen Vorrang. Mehrere in einer Grundbuchabteilung zu bewirkende Einträge erhalten demgemäß die der Zeitfolge der Anträge entsprechende Reihenfolge; sind die Anträge gleichzeitig gestellt, so werden sie gleichzeitig erledigt, und es wird im Grundbuch vermerkt, daß sie gleichen Rang haben. Sollen mehrere nicht gleichzeitig beantragte Einträge in verschiedenen Abteilungen unter Angabe desselben Tages bewirkt werden, so ist das Rangverhältnis durch einen Vermerk ersichtlich zu machen. Diese Vorschriften gelten nicht, soweit kein Rangverhältnis besteht oder dieses von den Antragstellern abweichend bestimmt wird (§ 46 GBO.).

5. Jede Eintragung soll den Tag, an dem sie erfolgt, angeben und mit der Unterschrift des Grundbuchbeamten versehen werden (§ 45 GBO.). Vgl. ferner wegen des Inhalts der Einträge die §§ 48—53 GBO. Die äußere Form der Eintragungen ist in der Hauptsache landesrechtlicher Regelung überlassen. § 47 GBO. bestimmt jedoch, daß Löschungen durch Eintragung eines Vermerks zu erfolgen haben. Neben (nicht: statt) dieser kann landesrechtlich Durchstreichen oder Unterstreichen des Eintrags vorgeschrieben werden. Dies ist vielfach geschehen. Wird bei der Übertragung eines Grundstücks oder Grundstücksteils auf ein anderes Blatt ein einzelnes Recht nicht mitübertragen, so gilt es in Ansehung des Grundstücks oder Teils als gelöscht (§ 47 Abs. 2 GBO.).

6. Jede Eintragung soll dem Antragsteller und dem eingetragenen Eigentümer und im übrigen allen aus dem Grundbuch ersichtlichen Aktiv- und Passivbeteiligten (vgl. oben § 35 Ziff. 4), die Eintragung eines Eigentümers (nach Vorschrift der Novelle vom 14. Juli 1905) auch denjenigen bekanntgemacht werden, für die eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld, Reallast oder ein Recht an einem solchen Recht eingetragen ist. Auf die Bekanntmachung kann verzichtet werden (§ 55 GBO.).

7. Steht dem Eintragungsantrag ein Hindernis irgendwelcher Art entgegen, so hat das Grundbuchamt nach § 18 GBO. zwei Möglichkeiten:

Entweder kann es den Antrag unter Angabe der Gründe endgültig zurückweisen; damit ist er „erledigt" und der durch seine Einreichung gewahrte Vorrang wieder verloren. Oder das Grundbuchamt kann — durch eine gleichfalls der Beschwerde unterliegende „Zwischenverfügung" — dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Hebung des genau zu bezeichnenden Hindernisses

setzen. Wird dann das Hindernis innerhalb der Frist beseitigt, so erfolgt die Eintragung mit dem durch den mangelhaften Antrag gewahrten Vorrang; andernfalls ist, wenn nicht noch vor Erlassung der Entscheidung die Hebung des Hindernisses nachgewiesen wird, der Antrag endgültig zurückzuweisen. Die Entscheidung zwischen diesen beiden Möglichkeiten ist dem pflichtmäßigen Ermessen des Grundbuchamts anheimgestellt, das im Hinblick auf die schwereren Nachteile für den Antragsteller die alsbaldige Zurückweisung nur verfügen wird, wenn eine Ergänzung des Antrags offenbar ausgeschlossen oder sehr zeitraubend ist. Wird vor Erledigung eines durch Zwischenverfügung beanstandeten Antrags eine andere dasselbe Recht betreffende Eintragung beantragt, so müßte nach § 17 GBO. der neue Antrag unerledigt bleiben. Zur Vermeidung der daraus entspringenden Schwierigkeiten ist nach § 18 Abs. 2 in diesem Falle zugunsten des früheren, beanstandeten Antrags von Amts wegen eine Vormerkung oder ein Widerspruch einzutragen. Dieser Eintrag gilt als „Erledigung" des früheren Antrags, so daß nun die später beantragte Eintragung geschehen kann. Wird dann das Hindernis der zuerst beantragten Eintragung gehoben, so wird der vorläufige Eintrag zum endgültigen mit dem durch die frühere Antragstellung bedingten Rang; wird aber der frühere Antrag endgültig zurückgewiesen, so ist die Vormerkung oder der Widerspruch von Amts wegen zu löschen.

Diese Bestimmungen sind auch auf das Ersuchen von Behörden (vgl. oben § 35 Ziff. 7) anwendbar.

§ 39. Berichtigung des Grundbuchs. 1. Die Eintragung, welche dazu dient, eine Unrichtigkeit des Grundbuchs i. S. des § 894 BGB. zu beseitigen, also dessen Inhalt mit der wirklichen Rechtslage in Übereinstimmung zu bringen, wird „Berichtigung" genannt. Sie unterliegt als Eintragung den allgemeinen Regeln (oben §§ 35—37), erfordert also grundsätzlich einen Antrag und die Bewilligung des Betroffenen. Diese sowie eine zur Berichtigung etwa erforderliche vorgängige Eintragung oder Briefvorlage kann nötigenfalls durch Klage nach §§ 894—896 BGB. erzwungen werden. Da aber dieser Weg weitläufig ist, auch nicht in allen Fällen zum Ziel führen kann, fördert das Gesetz die Berichtigung durch die folgenden Vorschriften.

2. Es bedarf der Bewilligung des Betroffenen zur Berichtigung nicht, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird, und zwar durch öffentliche oder nach Umständen, vgl. oben § 37 Ziff. 1, öffentlich beglaubigte Urkunden (§ 22 GBO.). Ein Hauptfall ist der, daß der Eigentümer den Hypothekengläubiger befriedigt, so daß die Hypothek zur Eigentümergrundschuld wird; hier ist das Grundbuch, da es noch die Hypothek für den Gläubiger verzeichnet, unrichtig geworden, und der Eigentümer kann nun, ohne auf die Bewilligung des Gläubigers angewiesen zu sein, die Berichtigung durch Vorlage einer „löschungsfähigen Quittung" herbeiführen. Das Berichtigungsbegehren kann nicht darauf gestützt werden, daß die die Unterlage der Eintragung bildenden Urkunden vom Grundbuchamt unrichtig ausgelegt seien, es müssen also anderweitige Urkunden beigebracht werden.

Soll der Eigentümer oder Erbbauberechtigte im Berichtigungsverfahren eingetragen werden, so ist bei der besondern Bedeutung dieser Buchung außer dem urkundlichen Nachweis der Unrichtigkeit seine Zustimmung erforderlich (§ 22 Abs. 2 GBO.).

3. Wenn die Berichtigung zur Vorbereitung einer Vollstreckungshandlung erfolgen soll, ist sie durch § 14 GBO. noch weiter erleichtert: Wer auf Grund eines gegen den Berechtigten vollstreckbaren Titels eine Eintragung verlangen kann, darf die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Berechtigten beantragen, sofern von dieser Berichtigung die Zulässigkeit des Eintrags abhängt. Soll z. B. eine Zwangshypothek auf ein durch Erbschaft erworbenes, aber noch nicht auf den Namen des Erben gebuchtes Grundstück eingetragen werden, so steht diesem Eintrag die Vorschrift des § 40 GBO. (vgl. oben § 36 Ziff. 4) entgegen; der Vollstreckungsgläubiger kann nun aber ohne und selbst gegen den Willen des Erben dessen Eintragung im Berichtigungsverfahren beantragen und so zum Ziele gelangen. Die Zustimmung des Berechtigten selbst zu der berichtigenden Eintragung ist auch dann nicht erforderlich, wenn es sich um den Eintrag des Eigentümers oder Erbbauberechtigten (vgl. oben Ziff. 2 a. E.) handelt. Der Gläubiger muß selbstverständlich alle Voraussetzungen des Berichtigungseintrags nachweisen, wobei er gemäß § 792 ZPO. die erforderlichen Urkunden von der zuständigen Behörde an

Stelle des Schuldners verlangen kann. Da nach § 866 Abs. 3 ZPO. auf Grund eines auf nicht mehr als 300 Mark lautenden Titels die Eintragung einer Zwangshypothek nicht zulässig, diese Bestimmung aber jünger ist als § 14 GBO., fragt es sich, ob auch auf Grund eines solchen Titels vom Gläubiger die Berichtigung verlangt werden kann; von der herrschenden Meinung wird dies mit Recht bejaht.

4. Ergibt sich, daß das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist, so ist — behufs Abwendung von Schadensersatzansprüchen — *von Amts wegen* ein *Widerspruch* einzutragen (§ 54 Abs. 1 GBO.). Ist zu diesem Eintrag die Vorlage eines Briefs erforderlich — vgl. § 54 Abs. 2 wegen der Ausnahme — so hat das Grundbuchamt dessen Besitzer dazu anzuhalten (§ 62 Abs. 2 GBO.).

Zu dieser Eintragung von Amts wegen kann die Verletzung von materiellem und formellem Recht, von Reichs- und Landesgesetzen, Muß- und Sollvorschriften Anlaß geben. Sie kann auch von den Beteiligten angeregt und im Beschwerdeweg (§ 71 Abs. 2 GBO.) durchgesetzt werden. Ist der unrichtige Eintrag selbst ein Widerspruch, so kann ein Widerspruch hiergegen nicht eingetragen werden.

5. Inhaltlich *unzulässige* Eintragungen (vgl. oben § 38 Ziff. 2) hat das Grundbuchamt *von Amts wegen zu löschen* (§ 54 Abs. 1 Satz 2 GBO.).

6. Bloße *Schreibfehler*, die nur die Form des Eintrags berühren, sind ohne weiteres von Amts wegen richtig zu stellen.

§ 40. Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbrief. 1. Über den *Inhalt* des Hypothekenbriefs bestehen folgende Vorschriften:

Er *muß* enthalten (wesentliche Erfordernisse):

a) die Bezeichnung als Hypothekenbrief, b) den Geldbetrag der Forderung, c) das belastete Grundstück und d) Unterschrift und Siegel des Grundbuchamts (§ 56 GBO.).

Ferner *soll* der Brief (unwesentliche Erfordernisse) die Nummer des Grundbuchblattes angeben und einen Auszug aus dem Grundbuch enthalten, in welchen aufzunehmen sind:

a) die Bezeichnung des Grundstücks nach dem Inhalte des Grundbuchs, b) die Bezeichnung des Eigentümers, c) der Inhalt der die Hypothek betreffenden Eintragungen und der Urkunden, auf die zur Ergänzung eines Eintrags Bezug genommen ist (sofern nicht die Schuldurkunde dem Brief angeheftet wird), d) die kurze Bezeichnung des Inhalts der der Hypothek vorgehenden oder gleichstehenden Eintragungen (wobei der Name des Berechtigten nicht angegeben zu werden braucht). Ändert sich der Inhalt des Grundbuchs, so ist der Auszug zu ergänzen (§ 57 GBO.).

Mit dem Brief soll weiter die etwa vorhandene Schuldurkunde (nicht aber Abtretungsurkunde, Vollmacht, Erbschein u. dgl.) oder geeignetenfalls ein öffentlich beglaubigter Auszug daraus verbunden werden (§ 58 GBO.).

2. Über eine *Gesamthypothek* soll nur *ein* Brief erteilt werden. Liegen die belasteten Grundstücke in den Bezirken verschiedener Grundbuchämter, so soll jedes Amt für die Grundstücke seines Bezirks einen besondern Brief erteilen; die Briefe sind dann von einem dieser Ämter miteinander zu verbinden (§ 59 GBO.). Wird durch *nachträgliche* Belastung anderer Grundstücke eine Hypothek zur Gesamthypothek, so ist (wenn nicht der Gläubiger die Erteilung eines neuen Briefs über die Gesamthypothek beantragt) die Mitbelastung auf dem bisherigen Brief zu vermerken und zugleich dessen Inhalt durch einen entsprechenden Grundbuchauszug zu ergänzen (§ 63 GBO.). Im Falle der *Verteilung* einer Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke ist für jedes Grundstück ein neuer Brief zu erteilen (§ 64 GBO.).

3. Stehen einem Gläubiger mehrere Hypotheken zu, die im Range gleich sind oder unmittelbar aufeinander folgen, so ist ihm auf seinen Antrag mit Zustimmung des Eigentümers ein *gemeinschaftlicher Brief* zu erteilen, der die sämtlichen Hypotheken umfaßt (§ 66 GBO.). Sind Teilhypotheken darunter, so kann ein solcher Brief nicht erteilt werden, wohl aber, wenn alle Teile einer früher geteilten Hypothek in einer Hand vereinigt sind.

4. Ein *Teilhypothekenbrief* mit dem in § 61 GBO. näher vorgeschriebenen Inhalt kann nicht nur von dem Grundbuchamt, in dessen Bezirk die Grundstücke liegen, sondern

auch — wie zur Erleichterung des Hypothekenverkehrs bestimmt ist — von einem Gericht (Amtsgericht, Art. 31 preuß. FGG., § 16 bad. AG. z. GBO.) oder Notar hergestellt werden. In Baden beschränkt sich die Zuständigkeit des Amtsgerichts auf die im Landesgebiet liegenden Grundstücke, während das preußische Gesetz eine solche Beschränkung nicht enthält. Die Herstellung des Teilbriefs soll auf dem bisherigen Briefe vermerkt werden.

5. Da die Briefhypothek vom Gläubiger erst durch Übergabe des Briefs seitens des Eigentümers erworben wird, ist der Brief vom Grundbuchamt dem Eigentümer auszuhändigen. Wird aber bei Umwandlung einer Buch- in eine Briefhypothek ein Brief nachträglich erteilt, so ist er dem Gläubiger auszufolgen, dem ja die Hypothek schon von der Eintragung an zustand. Eigentümer und Gläubiger können in der Form des § 29 Satz 1 GBO. (vgl. oben § 36 Ziff. 6) Abweichendes bestimmen (§ 60 GBO.).

6. Zwecks Ergänzung des Briefs hat das Grundbuchamt alle Eintragungen, die bei der Hypothek erfolgen, von Amts wegen auf dem Brief zu vermerken. Der Vermerk ist mit Unterschrift und Siegel zu versehen. Durch § 42 GBO., wonach grundsätzlich ein Eintrag nur auf Briefvorlage erfolgen soll (vgl. oben § 38 Ziff. 1 b), ist die Befolgung dieser Vorschrift gesichert. Soll von Amts wegen ein Widerspruch eingetragen werden (vgl. oben § 39 Ziff. 4), so hat das Grundbuchamt den Briefbesitzer mit den Zwangsmitteln der FG. (vgl. oben § 24) zur Vorlage des Briefs anzuhalten. Ebenso hat es, soweit ausnahmsweise der Eintrag ohne Vorliegen des Briefs zulässig ist (§ 42 Abs. 1 Satz 2, § 54 Abs. 2 GBO.), zu verfahren, um nachträglich den Widerspruch auf dem Brief zu vermerken (§ 62 GBO.).

7. Verwandelt sich eine Hypothek nach § 1177 Abs. 1, § 1198 BGB. in eine Grund- oder Rentenschuld, so ist (sofern nicht Erteilung eines neuen Briefs beantragt wird) die Eintragung der Rechtsänderung auf dem bisherigen Brief zu vermerken, zugleich aber, da bei der Grundschuld die Verknüpfung mit einer Forderung begrifflich ausgeschlossen ist, eine mit dem Brief verbundene Schuldurkunde abzutrennen. Dasselbe gilt, wenn nach § 1180 BGB. an die Stelle der Hypothekenforderung eine andere Forderung gesetzt wird; eine neue Schuldurkunde darf in diesem Falle mit dem alten Brief nicht verbunden werden (§ 65 GBO.).

8. Ein neuer Brief ist nie von Amts wegen, aber auf Antrag eines Berechtigten — ohne weitere Voraussetzungen, insbesondere ohne Zustimmung des Eigentümers — zu erteilen, wenn der bisherige Brief oder ein Ausschlußurteil vorgelegt wird, das ihn für kraftlos erklärt oder den Gläubiger mit seinen Rechten ausschließt. Der neue Brief ist als selbständiger Brief nach dem gegenwärtigen Stande des Grundbuchs herzustellen. Er hat die Angabe zu enthalten, daß er an die Stelle des bisherigen Briefs tritt. Ferner sind Vermerke, die nach §§ 1140, 1145, 1157 BGB. für das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger in Betracht kommen, auf den neuen Brief zu übertragen. Seine Erteilung ist im Grundbuch zu vermerken (§§ 67, 68 GBO.).

9. Wenn eine Hypothek gelöscht, die Erteilung des Briefs nachträglich ausgeschlossen oder an Stelle des bisherigen Briefs ein neuer Hypothekenbrief, ein Grundschuld- oder Rentenschuldbrief erteilt wird, so ist der Brief in einer von der Landesjustizverwaltung zu regelnden Weise unbrauchbar zu machen. Eine Schuldurkunde ist abzutrennen und zurückzugeben, sofern sie nicht mit dem neuen Brief zu verbinden ist (§ 69 GBO.). Im Zwangsversteigerungsverfahren wird der Brief über eine vollständig ausgefallene Hypothek vom Vollstreckungsgericht unbrauchbar gemacht (§ 127 Zw.VG.).

10. Die obigen Vorschriften sind auf den Grundschuld- und Rentenschuldbrief entsprechend anzuwenden. Der Rentenschuldbrief muß auch die Ablösungssumme angeben.

Ist eine für den Inhaber des Briefs eingetragene Grund- oder Rentenschuld in Teile zerlegt, so ist von Amts wegen über jeden Teil ein besonderer (nicht Teil-) Brief herzustellen, der einer Schuldverschreibung auf den Inhaber gleichsteht und eine auf mechanischem Wege vervielfältigte Unterschrift des Grundbuchamts tragen darf (§ 70 GBO.).

Sachregister.

A.

à défaut 176.
a drittura 175.
a reasonable time of its issue 196.
Abandon 134.
Abandonrecht 76.
Ablader 123.
Ablehnung eines Richters 329.
— freiw. Gerichtsbarkeit 415.
Abnehmer 123.
Abrechnungspreis 216.
Abrechnungsstellen 99.
Absatzgenossenschaften 78.
Abschied (Beweisbeschluß) 263.
Abschlagsverteilungen (Konkurs) 385.
Abschnitte (Kaufmannssprache) 140.
absolutio ab instantia 265, 340, 357, 395.
Absonderungsklage 377.
Absonderungsrechte (Konkurs) 383.
Abstandsentscheidung 357.
Abstandserklärung 340.
Abstandsanteil 395.
Abstimmung (freiw. Gerichtsbarkeit) 417.
Abwesenheitsverfahren (Familienprozeß) 303.
acceptation S. P. 177.
accomodation bills 153.
Accreditio 98.
acta publica 322.
actions de jouissance 70.
actor sequitur forum rei 280.
adjectus (in rem suam) 144.
— solutionis causa 144.
Adreßort 160.
advocati 296.
Advokaten 297.
agents de change 210.
Agrargenossenschaften 56.
Akteneinsicht (Zivilprozeß) 288.
Aktiengesellschaft:
Begriff 56.
Geschichte 56 f.
Wesen 57.
Grundkapital 58.
Organisation d. Teilhaber 59.
Begründung 59 ff.
Mitgliedschaft 61 ff.
Organe 63.
Generalversammlung 63 ff.
Vorstand 65.
Aufsichtsrat 65 f.
Innere Rechtsverhältnisse 66 ff.
Äußere Rechtsverhältnisse 69.
Satzungsänderung 69.
Erhöhung des Grundkapitals 69 f.
Erhöhung des Betriebskapitals 70.
Herabsetzung des Grundkapitals 70.
Beendigung 70 ff.
Akzept 168 ff.
— des Schecks 194 f.
— abgekürztes 169.
— bedingtes 170.
— übermäßiges 170.
Akzeptation 168.
Akzepte (akzeptierte Wechsel) 140.
al pari 99.
Allonge 165.
Alpengenossenschaften 56.
Amortisation des Wechsels 181 f.
Amtsbetrieb (Zivilprozeß) 303.
Amtsgerichtlicher Prozeß 266.
Analphabeten (Wechselschuldner) 157.
andienen (Termingeschäft) 215.
andienen (Seeversicherung) 133.
Anerkenntnis der Klage 300 f.
Anerkenntnis (im Prozeß) 338.
Anfechtbarkeit (Prozeß) 338 ff.
Anfechtung als Prozeßhandlung 317.
Anfechtungsklagen 308 f.
Angstklausel 162, 166, 196.
Anleihe (öffentliche) 99.
Anmaßung von Namen usw., unlautere 31.
Anmusterung 122.
Annahme des Wechsels 168 ff.
Annahme des Wechsels, qualifizierte 170.
Anpreisung (unlautere) 30 f.
Anschaffung (Begriff) 13.
Anschlußklage 374.
Anschlußpfändung 372.
Anschlußprozeß 362.
Anschwärzung von Konkurrenten 31.
Anspruchsklagen 308 f.
Anstaltsfirma 25.
Anstellung mit Gewinnbeteiligung 55.
Antrag (Grundbuchverfahren) 431 f.
Antrag (freiw. Gerichtsbarkeit) 419 f.
Antragsberechtigung (in Grundbuchsachen) 432.
Antragsprinzip (Grundbuchsachen) 432.
Antreffungsvermerk 179.
Anwaltszwang 268.
Anwaltszwang (freiw. Gerichtsbarkeit) 419.
Anweisung (kaufmännische) 187.
Anzeichen 320.
apoca banco directa 190.
apodixa banci 190.
Apostel 356.
Appoint 140.
Arbeitsgeschäft 93.
Arbitragegeschäfte 213.
Arbitratoren 332.
Armenanwalt 368, Anm. 2.
Armenrecht 331.
Armenrecht (freiw. Gerichtsbarkeit) 424.
Arrestatorium 372, 397.
Arrestprozeß 395 f.
Arretierungsklausel 179.
Arretierungsvermerk 162.
artis cambii sanctiones 145.
assegno bancario 193.
assignation en garantie 295.
au besoin 176.
Aufgebotsverfahren 305, 310, 402 f.
Auflassung 433.
Aufsichtsbeschwerde (freiw. Gerichtsbarkeit) 424.
Aufrechnung als Prozeßhandlung 317.
Aufrechnung (im Prozeß) 353.
Aufrechnungsklagen 308 f.
Augenschein 320 f.
Augenschein (freiw. Gerichtsbarkeit) 422.
Augenscheinsgegenstand 321.
Augsburger Akzept 169.
Auktion (Börsenrecht) 208.

Auseinandersetzung in Ansehung des Gesamtguts bei Gütergemeinschaft 428.
Ausfertigung (vollstreckbare) 368.
Aushilfswechsel 154.
Auskunftspersonen (freiw. Gerichtsbarkeit) 421 f.
Ausländer (Wechselfähigkeit) 158.
Ausländische Schecks 198.
Ausländische Urteile (Wirkung im Inland) 349 f.
Auslegung (des Wechsels) 163.
Ausschließung des Richters (freiwill. Gerichtsbarkeit) 415.
Aussetzung des Verfahrens 337, 364 f.
Aussonderungsanspruch (Konkurs) 382.
Aussonderungsklage 378.
Ausstattungsformen von Waren, ihr Schutz 29.
Aussteller des Wechsels (seine Verpflichtung) 163 f.
Ausstellungsort (beim Wechsel) 160.
Ausstellerunterschrift (beim Wechsel) 160.
Ausstellungszeit (beim Wechsel) 160.
Auswanderer (Beförderung) 127.
Authentica Statuimus 269.
Aval 144, 169, 177 f.
Aval (Scheckrecht) 195.
Avalist 144.
Avis 98.
Avisklausel 162, 193.
avoués 297.
azione di garanzia 295.

B.

Badische System (beim Vargebot in Zwangsversteigerung) 376.
bailleur de fonds 53.
banca di S. Giorgio 56.
bancherii 141.
Banco Publico 230.
Bank für Handel und Industrie in Darmstadt 241.
— von England 230.
Bankanweisung 98.
Bankenquete 241.
Bankier- und Geldwechslergeschäfte 15.
Bankkommissarius 231.
Bankwechsel 155.
Bankwesen 230 ff.
bannitio 289.
Bargebot 375.
Barkauf 94.
Barprämie 222.
barrement 198.
barristers 297.
Bauern (Wechselschuldner) 157.
Bauzinsen 68.
Bayerische Hypotheken- und Wechselbank 240, 246.
Bayerische Landwirtschaftsbank 246.
Beamte (Handelsbetrieb) 19.
— (Wechselschuldner) 157.
Beamtengerichte 276.
Bearbeitung (Begriff) 14.
Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren, fabrikmäßige 14 f.
Bedenkfrist 169.
Beförderungspflicht (der Kleinbahnen) 113.
Beförderungspflicht der Eisenbahnen 111.
Befrachter 123.
Begebung (bei öff. Anleihe) 99.
Beglaubigung (öffentliche) von Unterschriften 430.
Beigeordnete der Bezirksausschüsse der Reichsbank 231.
Beistände der Parteien (freiw. Gerichtsbarkeit) 419.
Beratung (freiw. Gerichtsbarkeit) 417.
Bereicherungsklage, wechselrechtliche 185.
Bergelohn 130.
Bergung 130 f.
Bergwerksgesellschaften 16.
Berichtigung des Grundbuchs 435, 437 f.
Berliner Pfandbrief-Institut 244.
Berufung 265, 357 f.
Berufungssumme 355.
Beschädigung 126.
Beschlagnahme 374.
Beschlagsgemeinschaft (Konkurs) 381, 384.
Beschlagsgläubigerschaft (Vereinigung im Konkurs) 384 f.
Beschlagsrecht (Konkurs) 380 f.
Beschlagsvermögen (Vereinigung im Konkurs) 382 f.
— (Erweiterung durch Gläubigeranfechtung) 383 f.
Beschluß (freiw. Gerichtsbarkeit) 422.
Beschlüsse des Gerichts 318.
— (unabänderliche) 329.
Beschwerde (Zivilprozeß) 359 f.
Beschwerde (sofortige) 329.
— (freiw. Gerichtsbarkeit) 424, 425 ff.
— weitere 424 f., 427.
— sofortige 426.
— sofortige weitere 427.
Beschwerungssumme 355.
Besitzwechsel (Wechsel, die man auf andere besitzt) 140, Anm. 4.
Beteiligter (freiw. Gerichtsbarkeit) 418.
Beugesystem 301.
Beurkundung (gerichtliche) 430.
— (notarielle) 430.
Bevollmächtigte der Parteien (freiw. Gerichtsbarkeit) 419.
Beweis (gesetzlicher) 319.
Beweis (halber) 319.
Beweise (Vorbringen) 316.
Beweisbeschluß 265.
Beweiserhebung 318 ff.
Beweiserhebungen (freiw. Gerichtsbarkeit) 421 f.
Beweisgründe 320.
Beweisinterlokut 262.
Beweiskraft 320.
Beweislast (freiw. Gerichtsbarkeit) 420.
Beweislast und Tatsachenstoff 314 ff.
Beweismittel 320.
— (Zuverlässigkeit) 320.
Beweisrecht (gesetzliches) 315.
— (richterliches) 319.
Beweistermin 285.
Beweisthema 324.
Beweistheorie 319.
— (Schweden) 319, Anm. 2.
Beweisurteil 262.
Beweisverbindung 316.
Beweiswürdigung (freie) 315 f., 319.
Beweiswürdigung (freie) in freiw. Gerichtsbarkeit 422.
bewysinge 190.
„bezahlt" 209.
Bezirksausschüsse der Reichsbank 231.
Bezirksnotare 417.
Bezugsrechte auf neue Aktien 69 f.
Bielbriefvertrag 128.
Bilanzaufstellung 32.
bill of exchange 139.
billet à ordre 139, 145.
bills de scaccario 190.
Binnenschiffahrtsrecht (Begriff) 113.
Binnenschiffe 116.
Blankoakzept 168.
Blankoindossament 166.
Blankoindossament (einfachstes) 166.
Blankotradition 166.
Blankowechsel 163.
Blinde (als Wechselschuldner) 157.
Bodenkreditinstitute 244 ff.
Bodmerei 127 ff.
Bodmerei (uneigentliche) 128.
Bodmereibrief 87, 128.
Bönhasen 38.
Börse:
Begriff 92 f. 204.
Aufzählung der deutschen Börsen 205.
Unternehmer 205.
Staatsaufsicht 205 f.
Ehrengericht 206.
Schiedsgericht 206.
Zulassung zum Börsenbesuch 207.

Börsenausschuß 205.
Börsengeschäfte 96 f.
Börsenordnungen 93, 206 f.
Börsenpreis (Feststellung) 207 ff.
Börsenrecht (Geschichte) 203 f.
Börsentermingeschäft 97, 214, 226 ff.
– (erlaubte) 226 ff.
— (offizielle) 228.
— (inoffizielle) 228.
— (freie) 228.
— (verbotene) 228 f.
Börsenterminfähigkeit 227.
Börsenusanzen 93, 212.
Börsenvorstand 206.
Börsenwesen (Geschichte) 203.
Brandenburgisches Pfandbriefinstitut für städtische Hausgrundstücke 246.
Bremer Regeln 149.
brevia de liberate 190.
„Brief" 209.
Briefe (Kaufmannssprache) 140.
Briefkastenverfahren (Börsenkurse) 208.
Brieftötung 403.
Bronze-Wechsel 154, Anm. 2.
Buch- und Kunsthandel 15.
Buchhändlerrabatt 94.
Budapest rules 149.
Bundesgerichte 270.

C.

call 208.
cambia (ad nundinas s. pro feriis) 143.
— (ex nundinis s. de feriis).
— (platearum) 143.
Cambien (Auslandswechsel) 140.
cambio arbitrario 155.
Cambium 140.
— (manuale) 141.
— (minutum) 141.
— (purum) 141.
— (sine litteris) 141.
— (impurum) 141.
— (cum carta) 141.
— (per litteras) 141.
— (siccum) 143.
— (Lugdunense) 143.
Campsores 141, 143.
cash-notes 191.
cedole per cartulario 190.
čeko 193.
certification 194.
certified 195.
Champagnermessen 143.
Chartepartie 123.
Charterung 123.
check 193.
checks 191.
chéque 193.
cheque 191.
chéque barrée 198.
chéque mandat 193.
chéque reçu 193.
chequer 191.
chirographum 141.
Clearing-house 99.
Clementina Saepe 261, 301.
collateral attack 400.
collegantia 52.
commenda 52.
Commis 144.
Commissarius 144.
conclusions motivées 287.
Consulat del mar 113.
convention préalable 194.
Coulisse 210.
Courtage 40.
courtiers 38.
Crédit foncier 246.
Crédit mobilier 241.
creditores non puniuntor 381.
crossed check 198.
Crossing 198.

D.

daneion 141.
Danziger Hypothekenverein 246.
Darmstädter Bank 241.
Datowechsel 159.
Deckung (Wechselr.) 161.
Deckungsklausel 161.
Deckungsprinzip 374.
Deckungsrecht 373.
Deckungswechsel 155.
decretum divi Marci 256.
Deklarationsprotest 172.
Delkredereprovision 92.
Delkredereстehen 92.
Deport 220.
Depot (verschlossenes, offenes) 100 f.
Depositengeschäft 100.
Depositionsvermerk 162, 179.
Depotwechsel 155.
Deputierte des Zentralausschusses der Reichsbank 231.
Deutsch-Asiatische Bank 240.
Deutsche Bank 241.
Deutsche Hypothekenbank in Meiningen 246.
Deutsch-Ostafrikanische Bank239.
Devisen (Auslandswechsel) 140, 154, 156.
Dienstaufsicht 277.
Differenzeinwand 229, Anm. 1.
Differenzgeschäft 97, 216 f.
Diligenzpflicht (Wechselr.) 173, 176.
Dishonorierung 174.
Diskont 94.
Diskonten (inländische Wechsel) 140.
Diskontgeschäft 153.
— (der Reichsbank) 232.
Diskontsatz der Reichsbank 232.
Diskonto-Gesellschaft 241.
Dispache 130, 429 f.
Dispositionspapier 88.
Distanzfracht 108, 125.
Distanzkauf 94, 95.
Distanzscheck 195.
Disziplinargewalt der Kapitäne 123.
Domiziliat 160.
Domiziliatenwechsel 160.
Domizilwechsel 168.
— (echter) 160.
— (unechter) 160.
— (bestimmt domizilierter) 160.
— (vollkommener) 160.
donneur de l'ordre 161.
dorso (in) 144.
Dresdner Bank 241.
Drittappellation 400.
Drittelsdeckung 235.
droit de suite (im Speditionsgeschäft) 109.
Druckerei 15.
Duplikate (des Wechsels) 164, 178 ff.
Duplikatsklausel 162.
Durchqueren des Schecks 198.

E.

Ediktalzitation der Konkurs- und Nachlaßgläubiger 403.
Effekten (Kaufmannssprache) 140.
Effektenbanken 240.
Effektenbörse 93.
Effektivklausel 162, 171.
Effektenschecks 193.
Effektenwechsel 156.
Ehefrauen (Wechselschuldner) 157.
Ehrenannahme 176 f.
Ehrengericht (der Anwälte) 298.
— Börsenr. 206.
Ehrenzahlung 176.
Eid des Zeugen 323.
— (Sachverständigen) 323.
— (richterlicher) 319 f., 326.
— (richterlicher) in freier Gerichtsbarkeit 422.
Eideszurückschiebung 325.
Eideszuschiebung 325.
— (Geschichte) 315.
Eidliche Vernehmung der Partei 326.
Eigenwechsel 139, 145, 161.
— (domizilierter) 161.
Eindecken 214.
Eingeschriebene Hilfskassen 79.
Eingetragene Genossenschaft:
Begriff 77 f.
Geschichte 78 f.
Errichtung 79 f.
Mitgliedschaft 80 f.
Organisation 81 f.
Generalversammlung 81.
Vorstand 81.
Aufsichtsrat 81 f.
Revisor 82.
Innere Rechtsverhältnisse 82f.
Äußere Rechtsverhältnisse 83.
Veränderung 84.
Auflösung 84.

Nichtigkeit 84.
Konkurs 84 f.
Einheitskurse im Kassaverkehr 208.
Einlassungsfrist 264, 291.
Einlassungspflicht 298.
Einlegung eines Rechtsmittels 289.
Einlösungsrecht 373, Anm. 2.
Einreden (bei Wechselklage) 184.
— (prozeßhindernde) 317, 328.
— der Rechtshängigkeit 306.
— das Vorbeschiedensein der Sache (res judicata) 306.
— (zivilrechtliche) 317 f.
— (im Berufungsverfahren) 353.
Einspruch 360 f.
— (gegen Versäumnisurteil) 266.
Einstweilige Verfügung 398.
— (Voraussetzungen außer den Erklärungen) 435.
Eintragungen in das Grundbuch von Amtswegen 432 f.
Eintragungsbewilligung (Grundbuchsachen) 433 ff.
Einwendungen (im Berufungsverfahren) 353.
Eisenbahnen (Beförderung von Gütern und Personen) 110 ff.
Eisenbahnverkehrsordnung 110f.
Einzelfirma 24.
Einzelrichtersystem 277.
Ekart 96, 222.
Elbzollgerichte 270.
Emission 99.
Emissionsgeschäft 100.
Emissionskurs 99.
Emissionstheorie 188.
endossement irrégulier 166.
Entlassung des Schiffers 120.
Entmündigungsverfahren 304 f.
Entscheidungen des Gerichts 318.
— (freiw. Gerichtsbarkeit) 422 f.
— des Grundbuchamts 335 ff.
Entscheidungsgründe (Rechtskraft) 345.
epestalmena 141.
Equityverfahren 324, Anm. 2.
Erbauseinandersetzung 428.
Erbbaurecht (Bestellung und Übertragung) 433.
Erfüllungsort (in Handelsr.) 91.
Erfüllungszeit 91.
Erlaß des Protestes 173.
Ermittlungen (freiw. Gerichtsbarkeit) 421 f.
Erneuerungsscheine 62.
error in judicando 359.
— in procedendo 359.
Ersatzzustellung 271.
Erscheinungsmöglichkeit 268.
Erste Preußische Hypotheken-Aktiengesellschaft 246 f.
Erste Tagsatzung 262.
Ersuchen um Eintragung im Grundbuch 431 f.
Escomptegeschäft 153.
Etablissement 20.
Eventualmaxime 263, 327.
exceptiones facti 316, Anm. 1.
— juris 316, Anm. 1.
exchequer 190.
Exportgeschäfte 213.
expositus (solutionis causa) 144.
extraneus 144.

F.

faire l'argent par circulation 153 f.
— la navette 153.
Fakturenwechsel 153.
Fautfracht 125.
feriae 143.
Feste Kurse im Termingeschäft 208.
Feststellungsklagen 308 f.
— auf künftige Leistung 310.
Feststellungsverfahren (Konkurs) 384.
Feuerversicherung (öffentl.) 79.
fideiussio palliata 178.
Filiale 22.
Finanzwechsel 155, 232.
Firma 24 f.
Firma (Minderkaufmann) 27.
Firmenwahrheit 26.
Fixkauf 94, 96.
Flaggenrecht 115.
Flöße 116.
Floßeigentümer 117.
Floßführer 121.
Fondsbörse 93, 212 f.
foenus nauticum 127.
Forderungspapier 88.
foreign bills 174.
fortune de mer 117.
— (de terre) 117.
Frachtgeschäft 105.
— (Begriff) 106 f.
— (Abschluß) 107.
— (Verbindlichkeiten des Frachtführers) 107 f.
— (Rechte des Frachtführers) 108 f.
— (Eintritt des Empfängers in das Rechtsverhältnis) 109 f.
— (Ladeschein) 109 f.
— (zur Beförderung von Reisenden) 127.
Frachtmäkelei 105.
Frankfurter Hypothekenbank 246.
Frauen als Kaufleute 18 f.
Frei von Bruch 126.
Freiwillige Gerichtsbarkeit 406 ff.
(Begriff) 407 f.
— (Umfang) 408.
— (Geschichte) 408 f.
— (Quellen) 409 f.
— (Literatur) 410 f.
Freizeichen 28.
Freizeichnungen 126.
Fremdenarrest 396.
Friedensgesetz 256.
Friedensordnung 256.
Friedensstand 256.
Fristen (für schriftliche Erklärungen im Zivilprozeß) 288.
— für Rechtsmittel 356.
Fronboten 284.
Fürsprecher 296.

G.

Ganerbschaften 56.
Gantschuldner (seine Stellung) 380.
Gantvergleich 385 f.
Gantverzicht 386.
Garantie (Wechselr.) 163.
Garantieeffekt des Indossaments 165.
Gebühren der Anwälte 297.
Gefälligkeitswechsel 153.
Gegenwechsel 175.
Geistliche (Handelsbetrieb) 19.
— (Wechselschuldner) 157.
Geld 209.
— (tägliches) 213.
Geldgeschäfte 93, 98 f.
Geldhandelsgeschäfte 98.
Geldvollstreckung 370 ff.
Geldwirtschaft 85.
Gelegenheitsgesellschaft 42.
Gemeindegerichte 276.
Gemeinschaften zur gesamten Hand als Kaufleute 16.
Gemeinschuldner (Wechselschuldner) 157.
general crossing 198.
Generaldirektion der Seehandlung-Sozietät 242.
Generalhandlungsvollmacht 34.
Generallandschaftsdirektion 245.
Generallandtag 245.
Genossenschaften (eingetragene) als Kaufleute 17.
Genußscheine 70.
gérant 53.
Gericht 268 f.
Gerichte (ordentliche) 278 f.
— (Einrichtung) 275.
— für freiwillige Gerichtsbarkeit (ordentliche) 411.
— (besondere) 411.
Gerichtsbarkeit 269 ff.
Gerichtsfähig 267.
Gerichtsferien (freiw. Gerichtsbarkeit) 417.
Gerichtshilfe 274.
Gerichtsorgane 268.
Gerichtsschreiber 278.
— (freiw. Gerichtsbarkeit) 415.
Gerichtssprache (freiw. Gerichtsbarkeit) 416 f.
Gerichtsstand 280.
Gerichtsstandordnung 279 ff.
Gerichtsvollzieher 284.
— (freiw. Gerichtsbarkeit) 415.
Gerichtszwang 271 ff.
Geringste Gebot (Prinzip des) 374.

Gesamthypothek (Briefbildung) 438.
— (bei Zwangsversteigerung) 375.
Gesamtprokura 33 f.
Gesamtwirkung der Rechtskraft 347.
Geschäft eines Kaufmanns 20.
Geschäftsschulden 23.
Geschäftsverteilung 278.
Gesellschaft d. bürg. Rechts für Handelszwecke 42.
— mit beschränkter Haftung: Begriff 74.
Geschichte 74.
Wesen 74.
Stammkapital 74.
Gesellschaftsvertrag 74.
Entstehung 74 f.
Mitgliedschaft 75.
Organisation 75 f.
Innere Rechtsverhältnisse 76 f.
Äußere Rechtsverhältnisse 76 f.
Veränderung 77.
Beendigung 77.
Geständnis einer Partei 320.
Getreidelieferungsgeschäfte 229.
Gewährleistung 196.
Gewerbe (Begriff) 13.
Gewerbegerichte 270, 276.
Gewerkschaften 56.
Gewinnanteilscheine 62.
Gildegerichte 276, Anm. 1.
Gilderollen 24.
girata 144.
Giro (offenes) 166.
— (des Wechsels) 164 ff.
Giro-Aval 144.
Giroanweisung 193, 198.
Girokette 166.
Giroverkehr 99.
— der Reichsbank 234.
Glaubhaftmachung 316, 422.
Gläubiger-Anfechtungsklagen 308 f.
Gnadentage 170.
Goldklausel 235, 434.
Goldpunkt 154.
good 195.
Gottesbeweis 318.
Großaventurvertrag 128.
Grundbuchämter 417.
Grundbuchverfahren 431 ff.
Gründerverantwortlichkeit 60.
Grundhandelsgeschäfte 13 f.
Grundrenten- und Hypothekenanstalt der Stadt Dresden 246.
Grundrentenanstalt der Stadt Mühlheim a. d. Ruhr 246.
Grundschuldbrief 438 f.
Grundstückshandel 13.
Grundstücksmäkelei 39.
Gutgewicht 94.
Guthabenklausel 193.

H.

Haager internationale Abkommen 274 f.
Hand wahre Hand (im Handels-R.) 86.
Handel im wirtschaftlichen Sinn 10 f.
Handelsbriefe (Aufbewahrung) 32.
Handelsbücher 31 f.
Handelsfrau 18 f.
Handelsgebräuche 8.
Handelsgerichte 276.
Handelsgeschäfte im allgemeinen: Begriff 89.
Bedeutung 89.
Auslegung 89.
Vertragsfreiheit 89 f.
Sorgfalt 90.
Gesetzlicher Zinsfuß 90.
Zinsverpflichtung 90.
Form 90.
Willenseinigung 90 f.
Erfüllung 91.
Abschluß 90 f.
Sicherungsmittel 91 f.
Bürgschaft 91 f.
Zurückbehaltungsrecht 92.
Öffentliche Anstalten für den Abschluß 92 f.
Arten 93.
Handelsgewohnheitsrecht 7.
Handelsgeschäft eines Kaufmanns 20.
Handelsgesellschaften 40 ff.
Handelsgesellschaft (Begriff und Arten) 41.
— (Wesen) 41 f.
— (als Kaufleute) 17.
Handelsgesellschaftsrecht (Geschichte) 40 f.
Handelsgewerbe kraft Geschäftsbetriebes 13 ff.
— (kraft Eintragung) 15 f.
Handelskauf: Begriff 93 f.
Inhalt 94.
Erfüllung 94 f.
Gewährleistung 95.
Folgen der Nichterfüllung 95 f.
Besondere Arten 96.
Handelsmäkler 15, 38 ff.
Handelsniederlassung 20.
Handelsprozeßsachen 10.
Handelsrecht: Begriff 3.
Stellung im Rechtssystem 2 f.
Geschichte 5 f.
Quellen 6 f.
Deutsche Handelsgesetze 6 f.
Landesgesetzgebung 7.
Handelgewohnheitsrecht 7.
Literatur 8 f.
Ausländisches 9 f.
Handelsregister 24 f.
Handelssachen 10.
Handelssachen (ihre rechtliche Abgrenzung) 11 f.
Handelssachenrecht (Umfang) 85 f.
Handelssitte 8.
Handelsusancen 8.
Handlungsagenten 15, 37 f.
Handlungsgehilfen 35 ff.
Handlungshaus 20.
Handlungslehrlinge 37.
Handlungsreisende, ihre Vollmacht 34.
Handlungsvollmacht 34 f.
Handwechsel 141.
Hansestädte, der, Schiffsordnung und Seerecht 114.
Hauptgeschäft 22.
Hauptintervention 400 f.
Hauptritterschafts-Direktion 245.
Havarie, große 129.
Haverei 129 ff.
— (besondere, gemeinschaftliche, große, kleine) 129.
Heimatshafen 115.
Hereingeber 217.
Hereinnahmekursus 217.
Hereinnehmer 217.
Hessische Landeshypothekenbank 246.
Heuerbuch 122.
Heuergeschäft 97.
Heuerschein 122.
Heuervertrag 122.
Hilfsadresse 176.
Hilfsleistung (Seerecht) 130.
Hilfspersonen (kaufmännische) 32 ff.
Höhere Gewalt (bei der Haftung der Eisenbahn) 111 f.
— (Frachtgeschäft) 107.
holder in due course 183.
Honorierung 176.
hudu 140.
huissier 284.
hundi 141, Anm. 1.
hundika 141, Anm. 1.
Hypothekenbanken 246 ff.
— (reine) 247.
— (gemischte) 247.
Hypothekenbrief 438 f.

J.

Jahrmarkt 92.
„im Falle bei" 176.
Importgeschäfte 213.
Individualisierungsgrundsatz 311.
Indizien 320.
Indizienbeweis 319.
Indossament 87 f., 144, 195.
— des Wechsels 164 ff.
— (qualifiziertes) 166.
— (fiduziarisches) 167.
— (Quasi) 195.
— (hinkendes) 195.
indouche 144.
inductio 144.

Industrieakzept 153, Anm. 2.
Inhaberpapier 88.
Inhaberschecks 193.
Inhalt unbekannt 126.
Inhibitorium 372, 397.
Inkassoindossament 167.
Inkassoplätze 232.
Inländische Urteile (Wirkung im Ausland) 349 f.
Inlandwechsel 155.
Instanzordnung 283 f.
instrumenta guarentigiata 390.
— (confessionata) 390.
Internationales Wechselrecht 163.
— (Zivilprozeßrecht) 349 f.
Interpleader Prozeß 401, Anm. 1.
Interrogatoryverfahren 324, Anm. 2.
Intervenient 292.
— (streitgenössischer) 292.
Intervention 293 ff.
— (Wechselrecht) 176 f.
— (im Vollstreckungsverfahren) 402.
— (reine, ungerufene) 176.
— (streitgenössische) 293 ff.
— (einfache) 293.
Interventionsprotest 173, 177.
Inventarerrichtung (Kaufmann) 32.
Inzidentfeststellungsklage 345.
judex ne eat ultra petita actoris 298.
— ne procedat ab officio 298.
judicia duplicia 292.
— parium 270.
iuramentum de veritate dicenda 324.
— (suppletorium) 327.
— (purgatorium) 327.
iurisdictio voluntaria 408.
— mixta 409.
— quasi contentiosa 409.
Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Kaufleute 17.
ius ingrediendi 390.
— novorum 357.
— (variandi (Wechselregreß) 174.
iusiurandum in iure 325.
Justizrecht (materielles) 260, Anm. 1.

K.

Kabinettsjustiz 276.
Kalumnieneid 324.
Kammern für Handelssachen 278.
Kaplaken 120, 124.
Kartelle 20.
Kasko (Versicherung auf K.) 132.
Kassageschäft 96, 214.
Kassation des Urteils 355.
kassiersbriefje 190, 193.
Kassiertage 170.
Kauf gegen bestätigten Bankkredit 153.
— auf Probe 96.
— auf Kondition 96.
Kauf zur Probe 96.
— — nach Probe 96.
Kauffahrteischiffe 115.
Kaufmann (Begriff) 12.
Kaufmännische Anweisung 98.
Kaufmännisches Geschäft 20 ff.
Kaufmannseigenschaft 12 ff.
Kaufmannsgerichte 270, 276.
Kautionsregreß 174.
Kautionswechsel 155.
Kellerwechsel 154.
Kerbhölzer 190.
kiteflying 153.
kites 153.
Klage (Zurücknahme) 308.
— (unsittliche) 308.
— (Arten) 308 ff.
— (Formen) 311.
— aus dem Wechselschluß 185.
— als Rechtsgeschäft 307 ff.
Klageänderung 333.
Klageerhebung 289, 307 f.
Klagenhäufung 362.
Klageschrift (Inhalt) 264.
Klagevoraussetzungen 306.
Klausel (kassatorische) 179.
Kleinbahnen 113.
Knappschaften 79.
Kollegialgerichte 277.
Kollektivfirma 24.
Kollektivgesellschaft 43.
Kollektivprokura 33 f.
Kolonialgerichte 270.
Koloniale Notenbanken 239 f.
Kommandite 22.
Kommanditgesellschaft:
Geschichtliche Entwicklung 52.
Begriff 52 f.
Wesen 53.
Errichtung 53.
Äußere Rechtsverhältnisse 53 ff.
Innere Rechtsverhältnisse 54.
Veränderung 54.
Beendigung 54.
Kommanditgesellschaft auf Aktien
Begriff 72.
Geschichte 72.
Wesen 72.
Grundlagen 72.
Errichtung 72 f.
Organisation 73.
Innere Rechtsverhältnisse 73.
Äußere Rechtsverhältnisse 73.
Veränderung 73.
Beendigung 73.
Kommanditist 53.
Kommanditwechsel 155.
Kommerzwechsel 155.
Kommissionär 15.
Kommissionsgeschäft:
Begriff 102.
Verhältnis zu Dritten 102 f.
Verhältnis zwischen Kommissionär und Kommittenten 103.
Pflichten des Kommissionärs 103.
Rechte des Kommissionärs 104.
Selbsteintritt des Kommissionärs 104.
Kommissionstratte 161.
Kommittent (Wechselrecht) 161.
Kompensationskurs 216.
Kompetenz (Recht der) 372.
Kompetenzkonflikt 339.
Kompetenzordnung 280.
Kompetenzstreitigkeiten 270.
Komplementär 53.
Konditionsgeschäft des Buchhandels 96.
Kongruenz der Erklärungen (Zivilprozeß) 301.
— Prinzip der 330.
Königliche Bank (Bayern) 242 f.
— Filialbank 243.
— Giro- u. Lehnbank in Berlin 230.
— Hauptbank 243.
— Leihamt 242.
— Seehandlung 241.
Konkurrenzklausel 20.
Konkurrenzverbot für Geschäftsführer einer G. m. b. H. 76.
Konkurs (Scheckrecht) 195.
— (freiwilliger) 380.
— (Hypothekenbank) 248.
Konkurseröffnungsbeschluß 379 f.
Konkursfreies Vermögen 381.
Konkursgemeinschaft 379.
Konkursgericht 379.
Konkursrecht 378 ff.
— (Literatur) 255 f.
Konkurstabelle 384.
Konkursvermögen 381.
Konkursverwalter 379.
Konnossement 87, 125 f.
Konsensprinzip (materielles) 433.
— (formelles) 433.
Konsortien 42.
Konsulargerichte 270.
Konsumvereine 78.
Kontigentierung (indirekte) 235, 238, 239.
— (direkte) 235.
Kontokorrentvertrag 101 f.
Kontrahierungszwang d. Reichsbank 234.
Kontraprotest 173, 177.
Korrekturen (im Wechsel) 162.
Korrespondent (Wechselrecht) 179.
Korrespondentreeder 119.
Kostenpflicht (freiw. Gerichtsbarkeit) 424.
Kostgeschäft 97, 219 f.
Kraftloserklärung des Wechsels 181 f.
Krämermäkler 39.
Kranrecht 92.
Kreationstheorie 188.
Kreditbanken 240, 241 ff.
Kreditbrief 98.

Krediteinstand des Kommissionärs 103.
Krediteröffnung 101.
Kreditgeschäft 93, 99 f.
Kreditinstitut für die Königlich Preußische Ober- u. Niederlausitz 244.
Kreditkasse für die Erben und Grundstücke in der Stadt Hamburg 244.
Kreditkauf 94.
Kreditvereine 78.
Kreditwechsel 155.
Kreuzen des Schecks 198.
Kündigungsklagen 308 f.
Kur- und Neumärkische Ritterschaftliches Kreditinstitut 244.
Kurs 85, 86.
Kursabschlag 220.
Kursmäkler 39, 93, 209 f.

L.

Ladendiener, ihre Vollmacht 34.
Ladeschein 87, 109 ff.
Ladezeit 124.
Ladung 264.
Ladungsfrist 291.
Ladungsgläubiger 131.
Lagergeschäft 106.
Lagerhalter 15.
Lagerschein 87, 106.
Laienrichter 276.
Land- u. Forstwirtschaft 16.
Landesbank der Rheinprovinz 246.
— der Provinz Westfalen 246.
Landesgesetzgebung im Handelsrecht 7.
Landeskulturgerichte 270.
Landeskreditkassen 246.
Landschaften 244.
— der Provinz Westfalen 244.
— der Provinz Sachsen 244.
Landwirtschaftlicher Kreditverein im Königreich Sachsen 245, 246.
Landwirtschaftlicher Kreditverband für die Provinz Schleswig-Holstein 244.
laesio enormis (bei Handelsgeschäften) 89.
landatio auctoris 295, 335.
Läuterungsurteil 263, 265.
„le besoin" 176.
Leckage 126.
Leerwechsel 155.
Leihamt (Königliches) 242.
Leihhausanstalt in Braunschweig 246.
Leistungsklage 309.
Leitsätze von Lyon-Caen und Cousté 149.
letra comercial 158, Anm. 8.
lettera di pagamento 142.
— remissa 142.
— tracta 142.
lettre de change 139.
lettres de change de complaisance 153.
lex Anastasiana (bei Handelsgeschäften) 89.
lex Rhodia de jactu 113, 129.
Liberierungsverbot 67.
libranza pro metallico 193.
Lieferungsgeschäfte in Getreide und Erzeugnissen der Getreidemüllerei 229.
Lieferungskauf 94.
Liegegeld 124.
Liquiditationskurs 216, 217.
Liquidationsprozeß 329, Anm. 2.
Liquiderkenntnis 393.
litis contestatio 262, 298.
Litiskontestation 298.
livrança 158, Anm. 8.
loca 56.
Lokalisation der Anwälte 297.
Lokogeschäfte 213.
Lombardgeschäft 101, 218.
— (uneigentliche) 218 f.
— (der Reichsbank) 233.
Lombardierung (eines Wechsels) 154.
Lombardpensionen 154, Anm. 4.
Lombardsatz der Reichsbank 233.
Lombardwechsel (echte) 152.
Lüge im Prozeß 297.
luoghi 56.

M.

Magazinvereine 78.
Mahnverfahren 392 f.
maison de commerce 20.
Makeler 38.
Makler (freie) 210.
Mäklerlohn 40.
Mandato de pago 193.
mandatum cum clausula 393.
— sine clausula 393, 394.
mannitio 289.
maona 56.
Marke 27.
Marking 195.
Markt 92.
Marktfreiheit 92, 395.
Marktfriede 92.
Marktgericht 92, 276, Anm. 2.
Marktrecht 92.
Marktwechsel 169.
Maskopei 43.
Massekosten 379.
Masseschulden 379.
masters 277.
Meßbann (großer) 143.
Meßbrief 115.
Messe 92.
Meßwechsel 159, 169.
Metallpunkt 154.
Miete (Konkurs) 382.
Militärpersonen (Wechselschuldner) 156.
— (Handelsbetrieb) 19.
Minderjährige als Kaufleute 19.
Minderkaufleute 17 f.
Minderkaufleute (Firma) 27.
Mitgliedschaftspapier 88.
Mitreeder 118.
Mitteldeutsche Kreditbank 241
mons 56.
Moratorium 170.
Mühlengenossenschaften 56.
Mündelsicherheit der Pfandbriefe der Landschaften 245.
— der Pfandbriefe der Hypothekenbanken 249.
Musterrolle (Seerecht) 122.
Musterung 122.

N.

Nacheid 323.
Nacherbe (Eintragung in Grundbuch) 433.
Nachgründung 61, 73.
Nachforschungsprotest 172.
Nachindossament 167.
Nachschußpflicht (G. m. b. H.) 76.
Nachsichtwechsel 159, 168.
Nachtragsverteilung 385.
Nachverfahren 258, 353.
naspartu 140.
Nassauische Landesbank 246.
Nebenadresse 176.
Nebenintervenient (Rechtsmitteleinlegung) 356.
nemo liberalis, nisi liberatus 381.
Neue Brandenburgische Kreditinstitut 244.
— Pommersche Landschaft 244.
— Westpreußische Landschaft 244.
Neuheitseid 357.
Nichtbankschecks 194.
Nichtigkeit (Prozeß) 338 ff.
Nichtigkeitsklage 339 f.
Nichtkaufleute (Wechselschuldner) 157.
Niederlagszwang 92.
Nochekart 225.
Nochgeschäft 96, 221, 225.
not negotiable 198.
Notadresse 176.
Notanzeige 176.
Notariat 417.
Notenbanken 230.
Notenprivileg d. Reichsbank 234 f.
Notensteuer 234, 239.
notes 191.
Notfristen 288.
Notifikation 176.
Notifikationspflicht (Scheck) 196.
„nötigenfalls bei" 176.
Notierung (Wechselrecht) 174.
Norsascher Entwurf 149.
Noveneid 357.
nundinae 143.
„Nur zur Verrechnung" 198.
Nürnberger Novellen 146.

O.

„o. K." 173.
„o. Pr." 173.
Offenbarungseid 387.

Offenbarungseid (freiw. Gerichtsbarkeit) 424.
Offene Handelsgesellschaft:
Begriff 43.
Geschichte 43.
Wesen 43 f.
Errichtung 44.
Äußere Rechtsverhältnisse 44ff.
Handlungsfähigkeit 44 f.
Vertretungsmacht der Gesellschafter 44 f.
Rechtsfähigkeit 45.
Gesellschaftsvermögen 45 f.
Verbindlichkeiten 46.
Innere Rechtsverhältnisse 46 ff.
Beschlußfassung 47.
Geschäftsführung 47.
Konkurrenzbetrieb der Gesellschafter 47.
Gesellschaftsvermögen 47 f.
Beiträge der Gesellschafter 47.
Ersatzleistungen der Gesellschafter 48.
Anteile der Gesellschafter 48.
Gewinn der Gesellschafter 48f.
Verlust der Gesellschafter 48 f.
Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter 49.
Eintritt eines Gesellschafters 49.
Einrücken der Erben 49.
Ausscheiden eines Gesellschafters 49 f.
Beendigung 50 ff.
offene Polize 133.
Öffentlichkeit (freiw. Gerichtsbarkeit) 416.
— (Zivilprozeß) 288 f.
Offiziallöschungsverfahren (Registerrecht) 429.
Offizialprinzip 300.
— (freiw. Gerichtsbarkeit) 420.
Ohne Kläger kein Richter 298.
— Kosten 173.
— Protest 173.
Oktroi 57.
ondegni 141.
ordentliche Gerichte 269 f.
Orderbillet 145.
Orderklausel 159, 162.
— (negative) 166.
Orderpapiere 87 f.
Orderschecks 193.
ordine in derrate 156.
Ordonnance touchant la marine Ludwigs XIV. 114.
ordonnateur 161.
Ordnungsstrafverfahren (Börsenwesen) 229.
— (Registerrecht) 429.
Ordnungsstrafen (freiw. Gerichtsbarkeit) 424.
osekko 193.
Ostpreußische Landschaft 244.
Ostpreußisches Pfandbriefinstitut für städtische Hausgrundstücke) 246.
ound kat goudi 140 f.

P.

„p. a." 178.
Pacht (Konkurs) 382.
pagaré 145, 158, Anm. 8, 193.
pagherò cambiario 158, Anm. 8.
Papiere (Kaufmannssprache) 140.
pari (überp., unterp., al p.) 99.
Partei als Zeuge 326.
— (freiw. Gerichtsbarkeit) 418 ff.
— (Begriff) 418.
— (Parteifähigkeit) 418.
— (Fähigkeit vor Gericht zu stehen) 418 f.
Parteibetrieb 303.
Parteibildung (künstliche) 295.
Parteieid 265, 324.
Parteien (Zivilprozeß) 266 ff., 292 ff.
Parteifähigkeit 266 f.
Parteiöffentlichkeit 288 f., 321.
Parteiprozeß 306 ff.
Parteiverfahren 258.
participatio 52.
patri 141, Anm. 1.
Pensionswechsel 155.
per aval 178.
per Erscheinen 215.
per onor di giro 176.
per onor di lettera 176.
permutatio 141.
Perquisitionsprotest 172, 173.
Personennamen als Warenzeichen 29.
Personifikationstheorie 188.
Pfandbriefe der Landschaften 245.
Pfandindossament 167.
— (stilles oder verkapptes) 167.
Pfandrecht (gesetzliches der Schiffsgläubiger) 131.
— (im Handelsrecht) 86 f.
— (gesetzliches im Handelsrecht) 87.
— (gesetzliches des Verfrachters) 125.
— (gesetzliches des Kommissionärs) 114.
Pfändung 371.
Pfändungsklausel 391.
Pfändungspfandrecht 371.
Pfuschmäkler 38.
Phonogramm als Protokoll 286.
placets 290.
Platzkauf 94.
Platzprotest 172.
Platzscheck 195.
Platztratten 143, 145.
Platzwechsel 156.
Plenum des Reichsgerichts 279.
polita 158, Anm. 8.
polizze dei Banchi 190.
Pommersche Landschaft 244.
poena confessi 301.
Posener Landschaft 244.
Postprotest 172.
Postscheck 199 f.
Präjudizialfragen 345.
Präjudizierung des Wechsels 173.
Prämienanleihe 99.
Prämienefekt 225.
Prämiengeschäft 97, 221 ff.
— (Arten) 221 f.
— (Ausgleichung) 222 ff.
Prämienkurs 222.
Prangen (Schädigung durch P., bei Haverei) 129.
Pränumerationskauf 94.
Präsentation:
zur Annahme 168.
zur Zahlung 170.
Präsentationsatteſt 196.
Präsentationsbefehl 162.
Präsentationspflicht 168, 170.
Präventivakkord 386.
Präzisewechsel 159.
Preußenkasse 243.
Preußische Bank 230.
— Staatsbank 241.
— Zentral-Genossenschaftskasse 243.
Prima-Diskonten 155.
Primage 120.
Prinzip der mehrfachen Retourrechnung 175.
— des prompten Akzepts 169.
— der Selbständigkeit der Wechselakte 158.
Prioritätsaktien 62.
Prioritätsobligationen 70.
Privataufgebot 310.
Privatdeklaration 174, 196.
Privatdiskonten 213.
Privatdiskont des offenen Marktes 232.
— der Reichsbank 233.
Privatnotenbanken 236 ff.
Privathandelsmäkler 39.
Privatnotenbanken 230.
Privaturkunden 321.
Privatwissen des Richters 299.
Privilegien der Landschaften 245.
privilegium fori 269, Anm. 1.
procuration 166.
procurator 296, 297.
procureurs 297.
Produktenbörse 93, 213.
Produktivgenossenschaften 78.
Produktenwechsel 158, Anm. 8.
Prokura 33 f.
Prokuraindossament 167.
— (verkapptes) 167.
Prolongation der Zeitgeschäfte 217.
— (notwendige) 170.
Prolongationsvermerk 170.
Prolongationswechsel 155.
Promesse an Ordre 145.

Promessengeschäft 97.
promissory note 139, 145.
Propremailer 210.
Prorogation 131.
Prospektbefreiung 212.
Provision des Kommissionärs 104.
Prospekt (Börsenrecht) 210 f.
— (bei öff. Anleihe) 99.
Protest 171 ff., 196.
— (mangels Aushändigung eines Wechselexemplars) 173.
— (mangels Datierung) 173.
— (mangels Annahme) 173.
— (mangels Zahlung) 173.
Protestanten (Wechselrecht) 172.
Protestaten 172.
Protesterhebung 171.
Protesterlaß 173.
Protesterlaßklausel 162.
Protestlevierung 171.
Protestnovelle 147, 172.
Protokoll (freiw. Gerichtsbarkeit) 422.
provision (Wechselrecht) 161.
provision prealable 194.
provisional injunction 398.
provocatio ex lege diffamari 310.
Provokation 310.
Prozeß als Rechtsverhältnis 306 ff.
Prozeßagenten 296, Anm. 1.
Prozeßbetrieb 303 f.
Prozeßeinreden 307, Anm. 2, 317 f.
Prozeßeinwendungen 317 f.
Prozeßentwicklung 264 ff.
Prozeßfähigkeit 266 f.
Prozeßfolgen (soziale Erstreckung) 399 f.
Prozeßformen 284 ff.
Prozeßhandlungen mit zivilrechtlicher Wirkung 316 f.
— (der Parteien) 313 ff.
— (des Gerichts) 318 ff.
Prozeßkostensicherheit 307.
Prozeßorgane 266 ff.
Prozeßpflichten 330 f.
Prozeßstandschaft 267, 292 f., 334.
Prozeßvergleich 337 f.
Prozeßverhältnis (Einheit) 311 f.
— (Entwicklung) 312 ff.
Prozeßverschleppungen 328.
Prozeßverträge 331 f.
Prozeßvoraussetzungen 306.
Prüfungspflicht (im Handelsrecht) 95.
Prüfungstermin (allgemeiner) im Konkurs 384.
Prüfungsverfahren im Konkurs 305.
Pseudoschecks 194, Anm. 3.

Q.

Qualifizierte Gründung 60.
Quantitätsverschleierungen 31.
Quasi Indossament 195.
quédane 193.
Quitbrief 190, Anm. 5.
Quittungsscheck 193.

R.

Rabatt 94.
Rasuren (im Wechsel) 162.
Ratenwechsel 160.
receptum argentarii 141.
Rechnungsprozeß 328.
Recht zum Handelsbetriebe 19 f.
Rechtsamegemeinden 56.
Rechtsanwälte 296.
Rechtshängigkeit 311 f.
Rechtshilfe 274.
— (freiw. Gerichtsbarkeit) 415 f.
Rechtskraft (objektive Ausdehnung) 345.
— (subjektive Ausdehnung) 345 f.
— (der Präjudizialfragen) 345.
— (der Entscheidungsgründe) 346.
— in Statusprozessen 400.
Rechtslagen 327 ff.
Rechtsmittel 353 ff.
— (freiw. Gerichtsbarkeit) 424 ff.
— (Einlegung) 356.
Rechtsmittelfristen 356.
Rechtsnachfolge 334 f.
Rechtspolizei 258.
Rechtsschutzanspruch 260.
Rediskontierungen 153, Anm. 1.
Redlichkeitstheorie 188.
Reeder 117.
Reederei 56, 117.
Refaktie 94.
Registerführung 429.
Regreß im Wechselrecht:
— mangels Annahme 174.
— wegen Unsicherheit 174 f.
— mangels Zahlung 175.
Regreßhaftung (Wechselrecht) 163.
Regulierungspreis 216.
Reichsbank 230 ff.
Reichsbank-Abrechnungsstellen 234.
Reichsbankdiskont 232.
Reichsbankdirektorium 321.
Reichsbankkommissarius 321.
Reichsbankkuratorium 321.
Reichsbanknebenstellen 321.
Reichsbankplätze 232.
Reichsbankstellen 231.
Reichsbankwarendepots 231.
Reichsgerichtssumme 266.
Reichsnotariatordnung von 1512 409.
Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577 409.
Reichspost (Güterbeförderung) 107.
Reihenregreß 174.
Reisegepäck (Haftung der Eisenbahn) 112.
Rektaindossament 166.
Rektaklausel 162, 166.
Rektapapier 87.
Rektaschecks 193.
Rembourgeschäft 153.
Rembourskredit 153, Anm. 5.
Remboursregreß 175.
remise de place en place 146.
Remisiers 210.
Remittent 159.
Renovationswechsel 155.
Rentenschuldbrief 438 f.
Report 219.
Reportgeschäft 97, 219 f.
Reportpensionen 154, Anm. 4.
Repressalienarrest 395.
Requirenten 172.
Respekttage 170.
Respondentia 128.
Restitutio in integrum 302.
Restitutionsklage 348 f.
retour sans frais 173.
Retourrechnung 175.
revalieren 101.
Revalierungsklausel 161.
Revision 358 f.
— (Unterschied von Kassation) 355.
Revisionssumme 266, 355.
Rheinschiffahrtsgerichte 270.
Richter (beauftragte) 277 f.
Richteramt (freiw. Gerichtsbarkeit) 411.
Ricorsa-Wechsel 143.
Riemen quer schreiben 153, Anm. 9.
right of stoppage in transitu 382.
Rimessen 139, 140, Anm. 4.
— (für fremde Rechnung) 161, Anm. 4.
Ristorno 128, 135.
Ritornowechsel 143.
Ritterschaftliche Kreditvereine 244.
Ritterschaftliche Privatbank 240.
Rohstoffvereine 78.
Rollensystem (Frankreich) 290, 303.
Roter Scheck der Reichsbank 99.
Rotschild 240.
Royal Exchange 203.
Rückindossament 165.
Rückprämie 221.
Rückprämiengeschäft 97.
Rücktrittsklagen 308 f.
Rückwechsel 175.
Rügepflicht (im Handelsrecht) 95.
Ruhen des Prozesses 337.

S.

„S. P." 177.
Sachenrechtspapier 88.
Sachleitung 285.
Sachverständige (freiw. Gerichtsbarkeit) 422.
Sachverständigenbeweis 323.

Sachverständigenpflicht 273.
Saldo 101, 102.
salvo incasso 186.
sanch 141.
Sanierungen 386.
Scabini 275.
scaccarium 190.
Schaaffhausenscher Bankverein 240.
Schatzanweisungen des Reichs 233.
Schätzungseid 327.
Scheck 98.
— roter 193, 198, 234.
— ungedeckter 197.
— in Esperanto 193, Anm. 2.
— (wilder) 194.
— (weißer) 234:
Begriff 189 f.
Nutzen 190.
Geschichte 190 f.
Gesetzgebung 192.
wesentliche formale Erfordernisse 193.
Zahlungszeit 193.
Zahlungsort 193.
Domizilvermerk 193.
Zahlstelle 193.
Zahlungsempfänger 193.
Übertragung 195.
Präsentation 195 f.
Zahlung 196.
Regreß 196 f.
Bereicherungsklage 197.
Vertragsklage 197.
Kraftloserklärung 197.
Scheckfähigkeit (aktive, passive, verminderte) 194.
Scheckfälschung 197.
Scheckklausel 193.
Scheckkonferenz 192.
Scheckvertrag 194.
Scheinscheck 194.
Schiedseid (freiw. Gerichtsbarkeit) 422.
Schiedsgericht (Börsenrecht) 206.
Schiedsmänner 332.
Schiedsrichter 332, 365.
Schiedsverfahren (Beihilfe des Gerichts) 365.
Schiedsvertrag 332.
Schiffer 119.
Schiffsbaugesellschaft 119.
Schiffsbesatzung 117.
Schiffsdirektor 119.
Schiffsdisponent 119.
Schiffseigner 117.
Schiffsfreund 118.
Schiffsgläubiger 131 f.
Schiffskapitän 119.
Schiffsmannschaft 121.
Schiffsoffiziere 121.
Schiffsparten 118.
Schiffspfandrecht 428 f.
Schiffsregister 115.
Schiffszertifikat 116.
Schiffszusammenstoß 130.
Schlesische Landschaft 244.
— Pfandbriefinstitut für städtische Hausgrundstücke 246.
Schleswig-Holsteinsche Landschaft 244.
Schluß auf Geben und Nehmen 97.
— auf fest und offen 96.
Schlußnote 39.
Schlußschein 212.
Schlußverteilung (Konkurs) 385.
Schmiergelder 31.
Schöffen 275.
Schornsteinwechsel 154.
Schreibfehler (Grundbuch) 438.
schriftliches Verfahren (Zivilprozeß) 287 f.
Schriftsätze (vorbereitende) 286.
Schriftvergleichung 321.
Schuldanfechtungsrecht 383 f.
Schuldwechsel s. Tratten (in Buchhaltungssprache).
Seefahrtsbuch 122.
Seefrachtvertrag 123 ff.
Seehandlung 242 ff.
Seeprivatrecht 113.
Seeprotest 120.
Seerecht:
Begriff 113.
Geschichte 113 f.
Quellen 114.
Literatur 114 f.
— (öffentliches) 113.
— (von Oleron) 113.
Seeschiffe 115.
Seeversicherung 132 ff.
Seewechsel 128.
Sekuritätsprotest 173.
Selbsthilfe 256.
Selbsthilfeverkauf 94, 95, 96.
Selbstmord (Klage auf Verurteilung zur Mitwirkung am S.) 308.
semiplena probatio 319.
Sendegut 52.
sendeve 52.
Sensale 38.
Sensarie 40.
sergent 284.
Setzungsrecht 118.
Sicherheit für die Kosten 331.
Sicherheitswechsel 155.
Sicherung des Beweises 399.
Sicherungshypothek 376 f.
— (zu Arrestzwecken) 397.
Sichtwechsel (befristeter) 159.
— (reiner) 159.
Simulierter Prozeß 307.
Simultangründung 59, 73.
sipartu 140'
Sitz der Handelsniederlassung 21.
Sitzungspolizei (freiw. Gerichtsbarkeit) 416.
Sitzungsprotokoll 286 f.
Skontration 99.
Skontroverband 99.
societas in accomenda 52.
— maris 52.
societates publicanorum 56.
société anonyme 57.
— en commandite 52.
Sofortansprüche 381.
Solaklausel 162.
Solawechsel 139, 178.
solicitors 297.
Sondergerichte 269 f.
sopra protesto 177.
souche 193.
special crossing 198.
Spediteur 15.
Spedition mit fixen Spesen 105.
Speditionsgeschäft 105 f.
Spekulationsakzept 153, Anm. 2.
Spekulationsgesellschaften 42.
Spesennachnahme 108.
Sperren des Schecks 198.
Spezialhandlungsvollmacht 34.
Sprungregreß 174.
Staatengerichte 270.
Staatliche Bankinstitute 240 ff.
Staatsanwalt (im Zivilprozeß) 284, 295.
Staatskommissar 206.
Städtische Bodenkreditinstitute 246.
Stammprioritätsaktien 62.
Standesgenossengerichte 270.
Stapelzwang 92.
Stellage mit schiefer Mitte 225.
Stellenvermittlung 39.
— für Schiffsleute 123.
Stellgeschäft 97, 221.
Stellvertretung im Prozeß 296 f.
— (handelsrechtliche) 33 f.
— (bei Übernahme einer Wechselverpflichtung) 158.
Stempelpflicht des Schecks 198.
Stenographische Protokolle 286.
Stichkurs 222.
Stille Gesellschaft
Begriff 54,
Wesen 42, 54 f.,
Äußere Rechtsverhältnisse 55,
Innere Rechtsverhältnisse 55,
Beendigung 55.
Stillhalter 221.
stoppage in transitu 109.
Strandämter 131.
Strandungsordnung 131.
Strandvogt 131.
Straßenzwang 92.
Streichungen (im Wechsel) 162.
Streiteinlassung 298.
Streitgenossenschaft 362 ff.
— (materielle) 363.
— (im Vollstreckungsverfahren) 402.
— (aktive) 292.
— (passive) 292.
Streitverkündung 295, 401 f.
Stücke (Kaufmannssprache) 140.
Stückgütervertrag 123.
Substanzierungsgrundsatz 311.

Sukkumbenzpön 354, Anm. 5.
Sukzessivgründung 59 f., 73.
symbola collybistica 141.
syngraphe 141.
System der einseitigen Durchführung des Prozesses 301.
— der fingierten Stücktratte 175.
— der mittelbaren Klagerhebung 290.
— der Richtermehrheit 277.

T.

tabula Amalfitana 113.
Tagebuch des Handelsmäklers 39, 40.
— des Schiffers 120.
Tageskauf 94.
Tagfahrt 284, Anm. 4.
Tagsatzung 284, Anm. 4.
Tagwechsel 159.
tallys of pro 190.
talone 193.
Tatbestand (Zivilurteil) 286.
Tatsachen (Vorbringen) 313 ff.
— (gerichtskundige) 298.
— (notorische) 298.
Taubstumme (Wechselschuldner) 157.
Taxierte Police 133.
Teilakzept 169.
Teilcharterung 126.
Teilhypothekenbrief 438 f.
Teilurteil 265.
Teilzahlung (Scheck) 196.
— (Wechselrecht) 171.
Termingeschäfte 213, 214 ff.
Testamentsvollstrecker (Eintragung ins Grundbuch) 433.
Theorie von den drei Gewalten 276.
Theorien über Wesen des Wechsels 186 ff.
third party notice 295.
ticket 215.
Ticketverfahren 215.
tierce opposition 400.
Titel von Druckschriften (ihr Schutz) 29.
to draw backwards and forwards 154.
Tochtergeschäft 22.
to jobb in bills 154.
Traditionspapier 88.
traites documentaires 153.
Transporteffekt des Indossaments 165.
Transportgeschäfte 15.
Transportversicherungspolice 87.
Tratte 139.
Tratten (nicht akzeptierte Wechsel) 140.
— (in Buchhaltungssprache) 140, Anm. 4.
Treuhänder (Hypothekenbank) 247 f.
Trockener Wechsel 139.

U.

Überfahrtsvertrag 127.
Überkauf 143.
Überliegezeit 124.
Übernahmeprinzip 375.
Übertragsscheck 193.
Übertragung des Wechsels 164 ff.
Überweisungsverkehr der Reichsbank 234.
Überzeugung (richterliche) 319.
Ultimogeld 213.
Ultimogeschäfte 215.
Ultimotage 215.
Umwandlung eines Einzelgeschäfts in ein Gesellschaftsgeschäft 23.
Unabhängigkeit der Rechtspflege 277.
Unlauterer Wettbewerb 30 f.
Unmittelbarkeit der Parteihandlungen 289 ff.
— der Gerichtstätigkeit 291.
Unschädlichkeitszeugnis 434.
Unterbrechung des Prozesses 335 ff.
Unterfrachtvertrag 126.
Unterkäufer 38.
Unterkonsortien 42.
Unterliegensstrafe 354.
Untersuchungsprozeß 350 f.
Untersuchungsverfahren (Zivilprozeß) 258, 304 ff.
Unterwerfungsklausel 390.
Urkunden 321.
— (vollstreckbare) 390.
— (öffentliche) 321.
— (Kraftloserklärung) 403.
— (gerichtliche) 430.
— (notarielle) 430.
Urkundenbeweis (freiw. Gerichtsbarkeit) 422.
— (Frankreich) 319, Anm. 1.
— (Mittelalter) 319, Anm. 1.
Urkundenherausgabepflicht 329.
Urkundenprozeß 353, 394 f.
Urkundenvorlegungspflicht 273 f.
Urteile des Gerichts 318.
— (deklaratorische) 338.
— (bedingte) 351.
— (vorläufig vollstreckbare) 366 f.
Urteilsfeststellung 343 ff.
Urteilsgelöbnis 298.
Urteilssprecher 275.
Urteilsvoraussetzungen 341 f.
Usancen (offizielle) 212.
Usowechsel 160.

V.

vaglia cambiario 158, Anm. 8.
vale 145, 158, Anm. 8.
valeur fournie 161.
Valutaklausel 142, 161, 193.
Verarbeitung (Begriff) 14.
Veräußerung des Handelsgeschäfts 22 f.
— eines Seeschiffes 116.
Vereine zur Herstellung von Wohnungen 78.
Vereinbarter Gerichtsstand (Freiwillige Gerichtsbarkeit) 414.
Vereinigungsgerichtsstände 282.
Vereinsfirma 24.
Vererbung eines Handelsgeschäfts 23 f.
Verfahren de plano, de piano, de plain 261.
— der freiw. Gerichtsbarkeit 419 ff.
Verfallzeit des Wechsels 159.
Verfälschungen (im Wechsel) 162.
Verfrachter 123.
Verfügungen des Gerichts 318.
— (freiw. Gerichtsbarkeit) 422.
Verhandlungstermine 284 ff.
Verjährung (Seerecht) 135 f.
Verklarung 120.
Verkündungstermin 265.
Verlagsgeschäft 15.
Verlegen des Eides 315.
Verordnungen des Gerichts 318.
Verpfändung der Seeschiffe 116.
Verpflichtungsschein (kaufmännischer) 87.
Verrat von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen 31.
Verrechnung 99.
Verrechnungsklausel 198.
Verrechnungsscheck 198.
Versandkauf 94, 95.
Versandwechsel 156.
Versäumnis des Beklagten 301 ff.
Versäumnisurteil 266.
Versäumnisverfahren gegen Kläger 302 f.
— gegen Beklagte 301 f.
Versendungsvermerk 179.
Versicherung auf Kasko 132.
— auf Gegenseitigkeit 15.
— an Eidesstatt 422.
— gegen Prämie 15.
Versicherungsgeschäft 93.
Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit 17, 79.
Verteilungsverfahren bei der Zwangsvollstreckung 305.
Vertrag (vollstreckbarer) 390.
Vertragsstrafe (Wechselrecht) 159.
— (für Übertretung der Konkurrenzklausel) 20.
— (im Handelsrecht) 89, 90.
Verwaltung der städtischen Hypothekengeschäfte in Düsseldorf 246.
Verweisung an Kammer für Handelssachen 278.
Verzicht (im Prozeß) 338.
— (vorgängiger) auf Berufung und Revision 331, Anm. 3.
— auf Einspruch 331, Anm. 3.
Vigilanzpflicht 173.
visa 195, Anm. 1.
Volksrichter 275.

Vollindossament zu Inkassozwecken 167.
Vollmacht (zu Anträgen in Grundbuchsachen) 432.
Vollkaufleute 17 f.
Vollmachtsindossament 167.
Vollstreckbarer Titel 366 ff.
— Vertrag 390 ff.
Vollstreckung (freiw. Gerichtsbarkeit) 423 f.
Vollstreckungsbefehl 393.
Vollstreckungsfestsetzungsklage 368.
Vollstreckungsgegenklage 307, 332, 367, 392.
Vollstreckungsklausel 368.
Vollstreckungsverhältnis als Rechtsverhältnis 369 ff.
Vollstreckungsverträge 332.
Vorbehaltsurteil 352 f.
Voreid 323.
Vorerbe (Eintragung ins Grundbuch) 433.
Vormerkung 435, 436.
Vorpfändung 373.
Vorprämien 221.
Vorprämiengeschäft 97.
Vorschußvereine 78.
Vortermin 262.

W.

Ware (Begriff) 13, 85.
Warenakzept 153, Anm. 2.
Warengeschäft 93.
Warenliquidationskassen 216.
Warenmessen (französische) 143.
Warenpapier 88.
Warenschecks 193.
Warenumsatzgeschäft 13 f.
Warenwechsel 232, 155, 156.
Warenzeichenrecht (Geschichte) 27 ff., 28.
Wahrscheinlichkeit 319.
Walderbschaften 56.
Wandelgeschäft 97.
Warrant 106.
Wartezeit 124.
Wechsel (sein Wesen) 186 ff.
— (wirtschaftliche Funktionen) 152 ff.
— (im Konkurse) 147.
— (überlange) 155.
— (legitime) 155.
— (Geschichte) 140 ff.
— (dokumentierter) 153.
— (Begriff) 139.
— (eigener oder trockener) 139, 143.
— (trassierter oder gezogener) 139.
— (kaufmännischer) 139.
— (ohne Angabe der Verfallzeit) 160.
— (präjudizierter) 173.
— (an eigene Ordre) 159.
Wechsel (auf den Inhaber) 159.
— (gemachte) 156.
— (von der Hand) 156.
— (trassiert eigener) 160.
— (unfertiger) 163.
Wechselamortisation 147.
Wechselarbitrage 155.
Wechselarrestfähigkeit 157.
Wechselblankett 163.
Wechselbrief 139, 147.
Wechselbürge 144, 178.
Wechselbürgschaft (verdeckte, verkleidete, eigentliche, offene) 178.
Wechseleigentum 182 f.
Wechselfähigkeit 156 ff.
— (objektive) 156.
— (subjektive) 156 f.
— (des Ausländers) 158.
Wechselform 158 ff.
Wechselgeschäftsfähigkeit:
aktive 156.
passive 157.
Wechselgläubiger 156.
Wechselklagen 183 ff.
Wechselklausel 158.
Wechselkopien 178.
Wechsellombardgeschäft 154, Anm. 4.
Wechselmoratorium 149.
Wechselnehmer 159.
Wechselprozeß 147, 183.
— (Scheck) 196.
Wechselrecht (Begriff) 140.
— (Rechtsquellen) 145 ff.
— (Literatur) 150 ff.
— (internationales) 163.
Wechselrechtsfähigkeit:
aktive 156.
passive 156 f.
Wechselregreß 174 ff.
Wechselreiterei 153.
Wechselschluß (Klage aus) 185.
Wechselschuldner 156.
Wechselstempelsteuer 147, 155.
Wechselstil der Kamprora 145.
Wechselstrenge:
formelle 184 f.
materielle 184.
Wechselsumme 159.
Wechseltage 154.
Wechseltheorie 186 ff.
Wechselverjährung 180 f.
Wechselversprechen 139.
Wechselvervielfältigung 178 ff.
Wechselvindikation 182.
wedderleginge 52.
Weiterindossierung 165.
Weiterveräußerung (Begriff) 13.
Weltscheckrecht 192.
Weltwechselrecht 149.
Werkgenossenschaften 78.
Wertpapiere (Begriff) 13 f., 87.
— (Arten) 87 f.
Wertrecht 371.
Wertwirtschaft 85.
Westpreußische Landschaft 244.
Widerklage 364.
Widerspruch 361 f.
— (Grundbuch) 435, 436, 438.
— (gegen Arrestbefehl) 397.
Wiederaufnahme des Verfahrens (freiw. Gerichtsbarkeit) 424.
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Zivilprozeß) 302.
Windbills 153.
Windmills 153.
Windprotest 172.
Winkelkonsulenten 419.
Winkelmäkler 38.
Wisbysches Seerecht 113.
Wochenausweise der Reichsbank 235.
Wochenmarkt 92.
Wucher (im Handelsrecht) 89.
Würderungseid 327.
Württembergischer Kreditverein 246.

Z.

Zahl, Maß, Gewicht unbekannt 126.
Zahlstellenwechsel 160.
Zahltage (allgemeine) 170.
Zahlung (des Wechsels) 170 f.
Zahlungsbefehl 392.
Zahlungsgeschäfte 98.
Zahlungsklausel 193.
— (Wechselrecht) 161.
Zahlungsort (Wechselrecht) 160.
Zahlungsregreß 174.
Zahlungstage 170.
Zahlungsverbot (richterliches, bei Verlust des Wechsels) 182.
Zeichenregister 28.
Zeichenrolle 28.
Zeichnung der Firma durch Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte 34, 35.
Zeitgeschäft 96, 214.
Zeitkauf 94.
Zeitsichtwechsel 159.
Zentralausschuß der Reichsbank 231.
Zession des Wechsels 164.
Zettelgeschäft 100.
Zeugen 322 f.
— (freiw. Gerichtsbarkeit) 422.
— (sachverständige) 324, Anm. 1.
Zeugeneid 323.
Zeugenprotokolle 287.
Zeugnispflicht 272 f.
Zeugnisverweigerung (berechtigte) 272 f.
Zinseszins (im Handelsrecht) 90.
Zinstaxen (im Handelsrecht) 89.
Zinsversprechen 159.
Zivilgeschworene 276.
Zivilkammer 278.
Zivilprozeß (geschichtliche Entwicklung) 260 ff.
— (Grundbegriffe) 256 f.

Zivilprozeß (Aufgabe) 257.
— (Begriff) 257 ff.
— (Literatur) 255 f.
Zivilsenate (vereinigte) des Reichsgerichts 279.
Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel 210 ff.
Zulassungsstelle 211.
Zur Disposition stellen 95.
Zurücknahme des Antrags (in Grundbuchsachen) 432.
Zuständigkeit der Amtsgerichte (sachliche) für freiw. Gerichtsbarkeit 411 f.
— anderer Behörden 412.
— der Landgerichte 412 f.
— der Oberlandesgerichte 413.
— des Kammergerichts 413.
— des Bayerischen Obersten Landesgerichts 413.
Zuständigkeit des Reichsgerichts 413.
— (örtliche) 414.
Zuständigkeitsordnung (sachliche) 283.
Zuständigkeitsvereinbarung 283.
Zuständigkeitsvertrag 331.
Zustellungsersatz 271.
Zustellungsgewalt 271.
Zwang (unmittelbarer) in freiw. Gerichtsbarkeit 424.
Zwangsvergleich 385 f.
Zwangsvergleichsverfahren 305.
Zwangsverwaltung 376.
Zwangsversteigerung 374 ff.
Zwangsvollstreckung in Schiffe 116.
— (auf bewegliche Gegenstände) 371 f.
Zwangsvollstreckung (auf unbewegliches Vermögen) 374 ff.
— (sonstige) 387.
Zwangsvollstreckungsverfahren 366 ff.
Zwei Zeugen (Beweis durch) 319.
Zweiganstalten der Reichsbank 231.
Zweiggeschäft (=Niederlassung) 22.
Zweiprämiengeschäft 97.
Zweischeinsystem 106.
zweischneidiges Prämiengeschäft 97.
Zwischenurteil 329.
— (prozessuales) 329.
— (materielles) 329.
— (Rechtsmittel) 354.

291985

Author

Law
E617

Title Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung. Ed.7. vol.3.

DATE.

NAME OF BORROWER.

University of Toronto Library

DO NOT REMOVE THE CARD FROM THIS POCKET

Acme Library Card Pocket
Under Pat. "Ref. Index File"
Made by LIBRARY BUREAU